



**Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciência Sociais**

RODRIGO BARBOSA DA SILVA

JOGO DO BICHO: a caracterização da relação de emprego.

**BRASÍLIA
2011**

RODRIGO BARBOSA DA SILVA

JOGO DO BICHO: a caracterização da relação de emprego.

Monografia apresentada para obtenção do título de bacharel em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Fernando Hugo R. Miranda

**BRASÍLIA
2011**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão de graduação aos meus pais, familiares e amigos que me incentivaram e ajudaram para que fosse possível a concretização deste trabalho.

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me guiado em todos os momentos da minha vida.

Agradeço ao Professor Fernando Hugo, por ter me mostrado a função de um verdadeiro professor, bem como pelo inestimável apoio e indispensável orientação que me deu para a realização deste trabalho.

Agradeço aos Professores e colegas do curso de Direito pela amizade e pelo convívio ao longo desses semestres.

Aos meus pais e familiares, pela paciência e por terem feito o possível e o impossível para me oferecerem a oportunidade de estudar.

Ao pessoal do estágio, na Procuradoria Regional da República – PRR 1ª Região/MPF, por terem contribuído nas discussões referente ao trabalho.

A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão dessa pesquisa.

EPÍGRAFE

*Quem planta preconceito,
Racismo, indiferença
Não pode reclamar da
violência
Lembra da criança
No sinal pedindo esmola?
Não é problema meu
Fecho o vidro
Vou embora...
Lembra aquele banco
Ainda era de dia
Tem preto lá na porta
Avisem a polícia...
Natiruts*

RESUMO

O trabalho abordará sobre o reconhecimento do vínculo empregatício na relação existente entre o “bicheiro” e o apontador, levando-se em conta a presença dos elementos da relação de emprego. Ainda, busca demonstrar que é possível mitigar o objeto lícito, aplicando o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, concluindo que o reconhecimento da relação de emprego é o meio menos oneroso quando há princípios colidentes.

Palavras chaves: Jogo do Bicho. Reconhecimento do Vínculo Empregatício. Presença dos Elementos da Relação de Emprego. Objeto Lícito. Mitigação. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The work will address on the recognition of the employment bond in the relationship that exists between the offender by and a pencil sharpener, taking into account the presence of the elements of the employment relationship. Still, it tries to demonstrate that it is possible to mitigate the object lawful, applying the principle of proportionality and its three underprinciples - adequacy, necessity and proportionality in a strict sense, concluding that the recognition of the relationship of employment and the least expensive when there are principles alone can pacify.

Key Words: Game of the Worm. Recognition of the Formal Jobs. Presence of the Elements of the Employment Relationship. Object Lawful. Mitigation. Application of the Principle of proportionality.

Sumário

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1. OS ELEMENTOS DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO | 11 |
| 1.1. Relação de trabalho..... | 11 |
| 1.2. Relação de emprego..... | 12 |
| 1.2.1. Não-eventualidade | 12 |
| 1.2.2. Onerosidade | 14 |
| 1.2.3. Pessoalidade | 15 |
| 1.2.4. Alteridade | 16 |
| 1.2.5. Subordinação..... | 17 |
| 2. TRABALHO ILÍCITO VERSUS TRABALHO PROIBIDO NA PESPECTIVA DOS PRINCÍPIO DO DIREITO DO TRABALHO | 20 |
| 2.1. Trabalho Ilícito..... | 20 |
| 2.2. Trabalho Proibido | 22 |
| 2.3. Validade jurídica da relação de emprego | 30 |
| 2.3.1. Elementos jurídicos-formais do contrato empregatício | 31 |
| 2.3.2. Licitude do objeto | 38 |
| 2.3.3. O objeto do contrato..... | 39 |
| 2.3.3.1. Invalidade | 39 |
| 2.3.3.1.1. Nulidade..... | 40 |
| 2.3.3.1.2. Anulabilidade..... | 40 |
| 3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PESPECTIVA DE ROBERT ALEXY | 44 |
| 3.1. Histórico..... | 44 |
| 3.2. Conceito | 47 |
| 3.3. Subprincípios | 49 |
| 3.3.1. Subprincípio da adequação | 49 |
| 3.3.2. Subprincípio da necessidade | 51 |
| 3.3.3. Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito..... | 53 |
| 4.1. Na relação entre o apontador do jogo do bicho e o bicheiro existe a presença de todos os elementos do vínculo empregatício..... | 57 |
| 4.2. Mitigação da licitude do objeto do contrato de trabalho utilizando o princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy | 61 |
| 4.3. O reconhecimento do vínculo empregatício como o meio menos oneroso para o apontador do jogo do bicho, e, como sendo também a medida mais apta para garantir os direitos trabalhistas, segundo os subprincípios da adequação e da necessidade – desenvolvidos por Robert Alexy | 64 |
| 4.4. De acordo com a proporcionalidade em sentido estrito, o reconhecimento do vínculo empregatício entre o apontador do jogo do bicho e o bicheiro é a decisão que mais trás vantagem entre as normas juridicamente válidas | 67 |
| CONCLUSÃO..... | 69 |
| REFERÊNCIAS | 71 |

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, busca-se cada vez mais assegurar os direitos trabalhistas àqueles que estão na informalidade, aplicando os institutos do Direito do Trabalho no objetivo de garantir a todos que exercem uma atividade laboral o mínimo necessário para a sua subsistência como cidadão, uma vez que são as partes mais fracas da relação entre empregador e empregado.

Nesse sentido, em razão da fragilidade do empregado, será demonstrada a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício na relação existente entre o dono da banca de apostas do jogo do bicho e o apontador.

Trata-se de um desafio no qual procurará demonstrar que os elementos da não-eventualidade, onerosidade, pessoalidade, alteridade e subordinação, estão presentes na relação entre o “bicheiro” e o apontador do jogo.

No âmbito do Direito do Trabalho, para muitos doutrinadores e juristas, esse fenômeno jurídico não possui aptidão para produzir efeitos, em virtude da ilicitude do objeto, tendo em vista que o jogo do bicho é considerado pelo ordenamento jurídico brasileiro uma contravenção penal, que por sua vez é reprimida na sua totalidade, refletindo de maneira absoluta no direito laboral.

A problemática surge diretamente do fato de que alguns Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho, nos termos do arts. 104 e 166, inciso II do Código Civil Brasileiro, bem como a Orientação Jurisprudencial nº 199 da SBDI-1 do TST, entenderem que em decorrência da atividade ser ilícita, não é possível atribuir efeitos trabalhistas.

Dessa forma, analisando os aspectos do contrato de trabalho, buscará mitigar a ilicitude do objeto, com base no princípio da proporcionalidade e nos seus três subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, desenvolvidos por Robert Alexy.

Tentará de certa maneira, demonstrar que o reconhecimento do vínculo empregatício na relação do jogo do bicho é o meio mais adequado para alcançar os fins desejados, uma vez que visa atribuir efeitos trabalhistas àquelas relações. Ainda, será desenvolvido que o

reconhecimento da relação de emprego é a decisão menos prejudicial entre as escolhas possíveis, e, levará à conclusão de que a concretização desses direitos será mais favorável ao trabalhador do que aos limites estabelecidos pelo Estado.

Por fim, buscar-se-á demonstrar que as limitações atualmente impostas não merecem prosperar, em razão de que na relação entre os sujeitos existe a presença de todos os elementos do vínculo empregatício, bem como, tal reconhecimento é o meio menos oneroso para o apontador do jogo.

No mesmo sentido, o trabalho apresentará argumentos favoráveis ao reconhecimento dessa relação, tendo em vista que será a maneira mais apta de garantir os direitos, e, a que mais trará vantagens entre as normas juridicamente válidas.

1. OS ELEMENTOS DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

1.1. Relação de trabalho

De início, para entender o que é a relação de emprego e quais os seus elementos, é preciso fazer algumas considerações de maneira antecipada do que se trata a relação de trabalho.

A palavra trabalho na forma mais simples de se falar, significa a aplicação das forças e faculdade humanas para alcançar um determinado fim.¹

Para compreender melhor, a relação de trabalho e a relação de emprego estão inseridas numa relação jurídica constituída de sujeitos, objeto, causa e garantia. Por sua vez, a relação jurídica necessita da existência de pelo menos, duas pessoas e de uma norma jurídica qualificadora de uma relação social, se manifestando por meio dos direitos subjetivos, conceituados como o poder de exigir ou pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo ou negativo.²

Com isso, a relação de trabalho passa a ser uma situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa, em sentido jurídico, de um direito subjetivo, e, a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição.³

Na visão de Maurício Godinho Delgado, a relação de trabalho é uma das várias relações jurídicas existente no Direito do Trabalho que possui como prestação, uma obrigação de fazer, praticada pelo trabalhador.⁴

Assim, concluindo de forma clara, com as palavras de Renato Saraiva, “a relação de trabalho trata-se de qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obra ou serviços para outrem, mediante o pagamento de uma contraprestação”.⁵

Após a introdução referente ao conceito de relação de trabalho, é preciso estabelecer a sua correlação com a relação de emprego, já que existe certa denominação quanto ao

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário de língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 541.

2 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 221.

3 DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 2.

4 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 285.

5 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 38.

gênero e quanto à espécie.

De acordo do Sérgio Pinto Martins, a legislação trabalhista brasileira utiliza um termo pelo outro para caracterizar o vínculo empregatício, entendendo, particularmente, que o termo mais apropriado para ser utilizado seria relação de emprego, já que a CLT disciplina a relação entre empregado e empregador.⁶ Ainda, segundo o autor, buscando amenizar a confusão existente, ensina que a solução mais adequada para o jogo de palavras utilizado pela legislação brasileira, seria a separação delas em gênero e espécie, como bem ensina, veja:

“Contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia envolver qualquer trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí por que se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria o gênero e o contrato de emprego, a espécie.”⁷

Da mesma forma como foi exposto por Sérgio Pinto Martins, Felipe Barbosa Garcia, separa a relação de trabalho em gênero, e, estabelece como uma de suas espécies, a relação de emprego.⁸

Com isso, tendo uma noção inicial do que se trata relação de trabalho e qual a sua convivência com a relação de emprego nesta abordagem, é preciso agora desenvolver a aplicabilidade da relação de emprego quanto aos seus elementos.

1.2. Relação de emprego

Para a melhor compreensão da relação de emprego, primeiramente, é necessário o desenvolvimento de alguns elementos, pois são eles que darão conteúdo ao instituto. Veja que a ordem de abordagem dos elementos é desnecessária no momento, tendo em vista que o conceito de relação de emprego não será alterado na sua essência.

1.2.1. Não-eventualidade

6 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24ªed, São Paulo: Atlas, 2008. p. 78

7 MARTINS, op. cit., p. 78

8 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 135

A não-eventualidade como o primeiro elemento da relação de emprego, trás uma noção de que o trabalhador, ora empregado, está obrigado a desempenhar determinada atividade que lhe foi imposta de maneira ininterrupta, ou seja, de forma prolongada no tempo. A maioria dos autores de Direito do Trabalho utilizam outros termos para se referirem à continuidade, como por exemplo, não eventualidade, permanência e a habitualidade.

Com isso, para desenvolver o elemento da não-eventualidade, distinguindo da figura do trabalhador eventual, criou a teoria da fixação, onde o empregado com *animus* de contratação definitiva estabeleceu com o empregador o desenvolvimento de suas atividades de forma contínua e permanente, sem interrupções na produção do trabalho.⁹

Para discorrer sobre a não-eventualidade, Amauri Mascaro Nascimento utilizou como ponto de partida o artigo 3º da CLT, na parte em que “*considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador;(...*”¹⁰ Dessa forma, para ser empregado, deve haver uma prestação de serviço de modo não eventual para com outrem, ou seja, deve-se prevalecer a periodicidade.

Veja este entendimento:

“O empregado destina o seu trabalho de modo constante, inalterável e permanente a um destinatário, de modo a manter uma constância no desenvolvimento da sua atividade em prol da mesma organização, suficiente para que um elo jurídico seja mantido, resultante, muitas vezes, dessa mesma continuidade.”¹¹

Sérgio Pinto Martins, de maneira bem sucinta, citando Orlando Gomes e Elson Gottschalk, coloca que o contrato de trabalho nada mais é, do que um contrato de trato sucessivo e de duração que se prolonga no tempo, onde o exaurimento não se dá com o cumprimento de uma única prestação.¹²

Com a utilização da Teoria dos Fins do Empreendimento, o trabalho não-eventual passou a ser considerado como aquele trabalho prestado em caráter contínuo, duradouro e permanente, integrando o empregado aos fins sociais desenvolvidos pela empresa, ou seja, colocando o obreiro, no exercício de uma atividade meio, como parte integrante da cadeia

9 ARAÚJO, Jair. *Relação de emprego: contrato individual de trabalho e os contratos afins*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 64.

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 620.

11 NASCIMENTO, op. cit., p. 620.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24ªed, São Paulo: Atlas, 2008.

produtiva, de forma que a ausência dele, prejudicará o exercício da atividade empresarial.¹³

Por fim, dando enfoque ao fator temporal, Maurício Godinho Delgado estabeleceu que o elemento da não-eventualidade nada mais é do que, “*o trabalho prestado em caráter de permanência, ainda que executado por um curto período de tempo, não se qualificando como trabalho esporádico.*”¹⁴

Assim, estabelecido o elemento da não-eventualidade, passa-se para a onerosidade - um dos elementos exigidos na caracterização da relação de emprego.

1.2.2. Onerosidade

Continuando com a análise dos elementos que compõe a relação de emprego, a onerosidade, também é disciplinada pelo art. 3º da CLT. A expressão “(...) mediante salário”, demonstra a exigência da onerosidade na relação laboral.

Quanto à importância do salário numa relação laboral, levando-se em conta os aspectos de sobrevivência e necessidade, veja o entendimento do Papa Leão XIII:

“Trabalhar é exercer a atividade com o fim de procurar o que requerem as diversas necessidades do homem, mas principalmente a sustentação da própria vida. Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprouver e cheguem inclusivamente a acordar na cifra do salário; acima de sua livre vontade está uma lei de justiça, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado.”¹⁵

Passando pelo direito interno privado, a doutrina que estuda o Direito Civil Brasileiro, ensina que o contrato oneroso coloca para as partes envolvidas, as vantagens e os sacrifícios que decorrerão dele.¹⁶

Por sua vez, no Direito do Trabalho, mais especificamente, “*o salário surge como uma contraprestação do serviço do trabalhador, consequência lógica do caráter sinalagmático,*

13 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 44.

14 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 293.

15 LEÃO XIII. *Encyclica “Rerum Novarum”*: sobre a condição dos operários. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1936. p. 36-37.

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71.

comutativo e oneroso do contrato de trabalho.”¹⁷

Dessa forma, é inconcebível que a prestação do trabalho se dê a título gratuito, visto que o principal motivo, que leva o trabalhador a se empregar ou a buscar uma melhor colocação no mercado de trabalho, é justamente a existência de uma contraprestação pecuniária como resposta do seu trabalho despendido.¹⁸

No ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento, onerosidade, está extremamente vinculada à existência do contrato de trabalho, pois só haverá contrato de trabalho, quando existir um salário, convencionado ou pago.¹⁹

Assim, para que estabelecer a definição jurídica de empregado, e, que se demonstre a existência de relação de emprego, é preciso que a prestação de trabalho não se dê a título gratuito, mas sim a título oneroso, pois o contrato, como visto acima, exige este elemento.

1.2.3. Pessoaalidade

Outro elemento exigido pelo art. 3º da CLT, para reconhecer o vínculo empregatício e qualificar o trabalhador como empregado, é a pessoaalidade.

Utilizando o senso geral, conhecimento equivalente que todos possuem sobre determinado fenômeno, para estabelecer o que é pessoaalidade, pode-se afirmar que é a escolha de determinada pessoa para realizar uma atividade laboral, priorizando as suas qualidades pessoais.

Há autores que preferem definir o termo “pessoaalidade”, utilizando os desdobramentos do contrato *intuitu personae*, com base nas palavras-chave da infungibilidade e da não substituição, pois o trabalho a ser realizado deve ser feito por pessoa física certa e determinada.²⁰

No conceito elaborado por Renato Saraiva, levou-se em conta as mesmas características tratadas por Sérgio Pinto Martins, demonstrando certa unanimidade na fixação do conceito, como a não substituição por outro sujeito, o contrato *intuitu personae*, a infungibilidade e

17 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000. p. 419.

18 BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta?* Curitiba: Juruá, 2003. p. 114.

19 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

20 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24ªed, São Paulo: Atlas, 2008. p. 91.

a execução pessoal do serviço.²¹

O fundamento mais importante do elemento da pessoalidade é o seu caráter personalíssimo, uma vez que o empregado não tem a escolha de exercer o serviço no lugar de outra, nem fazer-se substituir na empresa em que trabalha – salvo de se o empregador consente.²²

Nesse sentido é o voto do eminente Relator da Ac. 1.698/62, senhor Hélio de Miranda Guimarães, do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, veja:

“(…) Ocasionalmente, a prestação pessoal de serviços pode ser deferida a outrem, que não o empregado. Desde que haja pactuação expressa, o empregado, com o consentimento do empregador, pode se fazer substituir na prestação pessoal do serviço contratado. No entanto, quando a substituição se torna regra, passando o pretenso empregado a ser substituído de forma permanente, não há que se falar mais em nexo empregatício. Falta a pessoalidade do exercício. Desnatura-se o liame. (...)”²³

Por fim, conclui que somente será considerado empregado aquele trabalhador que prestar serviços, pessoalmente, para terceira pessoa, que poderá ser jurídica ou física.²⁴

1.2.4. Alteridade

Outro elemento importante para configuração da relação de trabalho diz respeito à alteridade. Agora, é o artigo 2º da CLT, que vai prever expressamente quais os riscos da atividade econômica pertencentes ao empregador.

Com isso, *“tendo laborado para o empregador, independente da empresa ter auferido lucros ou prejuízos, as parcelas salariais sempre serão devidas ao obreiro, o qual não assume os riscos da atividade empresarial desenvolvida.”*²⁵

Dessa forma, estabelecendo de forma prematura o conceito de alteridade, pode-se afirmar que este elemento exclui a responsabilidade do empregado, no que tange aos riscos e prejuízos da atividade econômica desenvolvida pelo empregador.

Na mesma trilha, Sérgio Pinto Martins, na intenção de mostrar que os riscos da

21 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 41.

22 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 77.

23 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 616.

24 BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta?* Curitiba: Juruá, 2003.

25 SARAIVA, Renato, op. cit., p. 45.

atividade econômica pertencem ao empregador, cita que há possibilidade do empregado participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos.²⁶

Nesse sentido:

“(...) segundo se infere do art. 2º, do mesmo estatuto, a principal característica do empregador é a assunção do risco da atividade econômica, na qual se incluem os resultados positivos que são os lucros, assim como os negativos (prejuízos), eventualmente acumulados. Em consequência disso goza do direito de direção da organização empresarial a seu modo, sendo por ela responsável. (...)”²⁷

Assim, observada a atualidade do tema, resta concluir que, para que se configure a relação de emprego, necessariamente, tem que existir a alteridade, posto que jamais o empregado assumirá os riscos da atividade empresarial, sendo, por sua vez, suportados pelo empregador.²⁸

1.2.5. Subordinação

Como último elemento necessário para o reconhecimento do vínculo empregatício, ou da relação de emprego, é importante definir o elemento da subordinação.

De início, na leitura do artigo 3º da CLT - através de uma hermenêutica literal, não se encontra imediatamente o termo “subordinação”, mas a palavra “dependência”. Esta palavra, “*acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego.*”²⁹

Maurício Godinho Delgado ensina que:

“A subordinação classifica-se, inquestionavelmente, como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre o trabalhador e o tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho.”³⁰

Então, para que alguém seja considerado empregado, deve observar se há uma via de mão dupla, uma vez que o exercício da atividade deve ser comandada pelo empregador e obedecida pelo empregado.

Por esse motivo, merece destaque o ensinamento de Carlos Alberto Bosco:

26 MARTINS, op. cit., p. 92.

27 BOSCO, op. cit., p. 95.

28 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 145.

29 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 303.

30 DELGADO, op. cit., p. 303.

“A subordinação (...) induzirá à inevitável conclusão de que o empregador detém o poder de comando, enquanto que o empregado tem o dever de obediência. A esse binômio, portanto, prende-se a figura da subordinação jurídica ou dependência hierárquica.”³¹

Portanto, para conceituar o elemento da subordinação, pode-se dizer que significa “*submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência.*”³²

Numa visão mais simples, o empregado deve exercer o trabalho com certa dependência do empregador, por ser este quem dirige a atividade econômica.

Com isso, após abordar a subordinação numa visão ampla e genérica, é imperioso tratar de outros aspectos ligados à subordinação, como a subordinação econômica, técnica e jurídica.

A dependência econômica se caracteriza na situação em que o empregado conta apenas com o salário daquela atividade exercida para atender as suas necessidades básicas.

Veja o que diz Maurício Godinho Delgado, sobre esta espécie de subordinação:

“a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado.”³³

Todavia, ressaltando este entendimento, Renato Saraiva diz que, nos tempos atuais, há a possibilidade do empregado ter uma situação financeira superior a do seu empregador, razão pela qual este conceito deve ser visto com certa ponderação.³⁴

Por sua vez, no que tange a subordinação técnica, a principal noção que se deve ter, é aquela de que o empregador conhece o processo de produção da atividade empresarial, que não pode ser confundida com a técnica de trabalho - inerente ao empregado.

Então, a dependência técnica pode ser definida como “*aquela que nasce entre*

31 BOSCO, Carlos Alberto, op. cit., p. 88.

32 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1998.

33 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

34 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 45.

indivíduos dos quais um exerce de modo constante uma atividade na indústria humana e para exercício da qual eles se servem de pessoas que dirigem e orientam.”³⁵

Com isso o empregador “*monopoliza, naturalmente o conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontrava inserido o empregado, assegurando-se, em consequência, de um poder específico sobre o trabalhador.*”³⁶

Por fim, Renato Saraiva ensina que a dependência jurídica, trata-se daquela que:

“*passa o obreiro a ser subordinado juridicamente ao patrão, devendo o trabalhador acatar as ordens e determinações emanadas, nascendo para o empregador, inclusive, a possibilidade de aplicar penalidades ao empregado (...).*”³⁷

Assim, depois de ter discorrido sobre todos os elementos necessários para reconhecer o vínculo empregatício, conclui-se que para a existência da relação de emprego, basta que o operador do direito conjugue os elementos que estão dispostos nos artigos 2º e 3º da CLT.

35 BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta?* Curitiba: Juruá, 2003. p. 88.

36 DELGADO, op. cit., p. 304.

37 SARAIVA, Renato, op. cit., p. 45.

2. TRABALHO ILÍCITO *VERSUS* TRABALHO PROIBIDO NA PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1. Trabalho Ilícito

Até o presente momento, demonstrou-se os requisitos imprescindíveis para a configuração da relação de emprego, visto que é o objetivo perseguido por todos os trabalhadores para se manter no mercado de trabalho.

Além dessa tendência, existe outra que é a desqualificação do trabalho em virtude do surgimento do trabalho informal, temporário, parcial e subcontratado, cujos os números aumentam a cada dia que passa, prejudicando a busca de um emprego completo com a presença de todas as garantias pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico.³⁸

O surgimento daquelas categorias de trabalhadores mostra a consequente regressão dos direitos sociais – que não era o objetivo perseguido, bem como a ausência de proteção e expressão sindical, configurando uma tendência à individualização extrema da relação trabalhista.³⁹

Carlos Alberto Bosco ao referir-se à precarização do trabalho relata que:

“premidado pelo processo de globalização com a busca desenfreada pela diminuição do custo da produção, pela automação, pela ausência de crescimento econômico, há o aumento do setor de trabalho não estruturado, caracterizado pela expulsão do ciclo formal da relação de trabalho, ou seja, não há admissão com a observância dos preceitos estabelecidos pela CLT. Sendo assim, os trabalhadores sem qualificação, com a indisfarçável diminuição do Estado, que abdica sua função imprescindível de interventor, e atenua seu necessário controle, passam para a economia informal, visto que não conseguem obter emprego, ainda que em

38 BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta?* Curitiba: Juruá, 2003.

39 BOSCO, op. cit., p. 119.

condições precárias.”⁴⁰

Assim, diante dessa situação, a doutrina brasileira busca desenvolver o assunto voltado à produção de efeitos, com relação a determinados serviços prestados, pois a licitude, por ser o objeto do contrato de trabalho, influenciará em determinadas relações laborais.

Extraí-se da doutrina, que o Direito do Trabalho somente confere validade ao contrato de trabalho que possua de forma absoluta a presença de um objeto lícito. Enquadrando o labor prestado num tipo legal criminal, a ordem justralhista rejeita de pronto o reconhecimento jurídico da relação socioeconômica formada, negando-lhe, qualquer repercussão de caráter trabalhista.⁴¹

Quanto ao conceito do termo de trabalho ilícito, é aquele “*que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele*”,⁴² sendo, como exemplo, o caso dos “*serviços prestados a uma quadrilha de traficantes de tóxicos*.”⁴³

Amauri Mascaro Nascimento, ao referir-se à ilicitude laboral, relata que:

“o trabalho com objeto ilícito é o crime organizado, que tem a seu serviço contingentes numerosos de adultos, homens e mulheres, e adolescentes que vivem do crime nas mais diferentes atividades em pontos de venda de drogas, em guarda de cativos de sequestro, em vigilância nos morros e favelas para anunciar a aproximação da polícia, cumprindo regras próprias de comportamento, em desafio à autoridade do Estado.”⁴⁴

No mesmo sentido, a atividade ilícita é aquela reprovada pelo direito, objetivando proteger os interesses da sociedade, os bons costumes e os valores existentes, como por exemplo, a atividade exercida pela meretriz em um prostíbulo.⁴⁵ Da mesma forma, entende Sérgio Pinto Martins quando afirma, que a atividade ilícita é aquela que contraria a moral e aos bons costumes.⁴⁶

Utilizando-se do direito comparado, a Lei do Contrato de Trabalho da Argentina, não entende diferente da legislação trabalhista brasileira, quando preceitua no seu art. 39, que

40 Ibidem, p. 120.

41 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 501.

42 DELGADO, op. cit., p. 501.

43 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74.

44 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 561.

45 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 525.

46 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24ªed, São Paulo: Atlas, 2008. p. 100.

trabalho ilícito é aquele contrário à moral e aos bons costumes, não tendo nenhuma validade.⁴⁷

Outro ponto relevante que deve ser tratado quanto ao trabalho ilícito é quanto à consciência ou conhecimento das finalidades da empresa.

Existe uma corrente doutrinária que entende da seguinte maneira, “*qualquer que seja o trabalho posto em prática conscientemente pelo empregado, se se destina ao preenchimento de fins ilícitos ou delituosos da empresa, deve ser declarado nulo de pleno direito*”.⁴⁸

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros conclui que:

“para essa vertente doutrinária, o importante é que o empregado seja consciente da ilicitude do trabalho. Dentro desse raciocínio, admite-se possa o trabalhador não ter conhecimento da ilicitude de seu trabalho, como no caso de empregado que exerce suas funções em escritório com fachada de empresa imobiliária, mas que, na verdade, dedica-se ao tráfico de mulheres. Ignorando as verdadeiras finalidades da empresa, temos que não se poderá arguir nulidade em detrimento de trabalhador de boa-fé.”⁴⁹

Essa também é a posição de Evaristo de Moraes Filho, quando afirma que “*se o empregado tem conhecimento da ilicitude do contrato, não deverá receber salários*.”⁵⁰

Délio Maranhão trás o termo “*nemo de improbitate sua consequitur actionem*” para tratar da situação do empregado que agiu de boa-fé e desconhecia a ilicitude da atividade principal da empresa. Destarte, o trabalho realizado por esse empregado não seria contaminado pela ilicitude, apesar de a atividade empresarial o ser.⁵¹

Ainda, Sérgio Pinto Martins ensina que “*se o empregado tem ciência da atividade ilícita do empregador e com ela contribui diretamente, ou não existe nenhuma razão para ignorá-la, não se pode dizer que há contrato de trabalho*.”⁵²

Por fim, essas são as palavras de Maurício Godinho Delgado:

“A regra geral de negativa plena de efeitos jurídicos ao trabalho ilícito não esmorece a pesquisa em torno de algumas possibilidades concretas de atenuação do preceito geral enunciado. Duas alternativas destoantes da regra geral têm sido

47 MARTINS, op. cit., p. 100.

48 BARROS, op. cit., p. 248.

49 Ibidem, p. 250.

50 NASCIMENTO, op. cit., p. 554.

51 Ibidem, p. 101.

52 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24ªed, São Paulo: Atlas, 2008.

apontadas pela doutrina: a primeira, consistente na situação comprovada de desconhecimento pelo trabalhador do fim ilícito a que servia a prestação laboral perpetrada. A segunda alternativa consistiria na nítida dissociação entre o labor prestado e o núcleo da atividade ilícita. Para esta tese, se os serviços prestados não estiverem diretamente entrosados com o núcleo da atividade ilícita, não serão tidos como ilícitos, para fins justralhistas (exemplo: servente em prostíbulo). A comprovação de qualquer destas duas situações alternativas poderia ensejar, segundo tais concepções, a produção de efeitos trabalhistas ao prestador de serviços envolvido.”⁵³

2.2. Trabalho Proibido

Depois de abordar o trabalho ilícito desenvolvendo seus pontos específicos, é preciso aprofundar as questões relativas ao trabalho proibido, devido haver certas peculiaridades quanto aos efeitos gerados.

É o caso do menor que trabalha para ajudar a família. Embora exista uma vedação legal, haverá a produção de certos efeitos, entre os quais, a imposição de pagamento com o objetivo de impedir o enriquecimento do credor do trabalho que se beneficiou com o serviço prestado pelo menor.⁵⁴

A doutrina majoritária entende que o trabalho proibido é um trabalho exercido de maneira lícita, mas a lei em busca de proteger o próprio trabalhador e o interesse público, restringiu o exercício de certos tipos de trabalho impondo certas condições.⁵⁵

Utilizando o direito argentino como comparação, o artigo 40 da Lei do Contrato de Trabalho da Argentina disciplina que o trabalho proibido, embora seja aceito pelo ordenamento, veda o emprego de determinadas pessoas ou determinadas tarefas.⁵⁶

Amauri Mascaro Nascimento, seguindo o Direito estrangeiro acima referido, distinguiu o trabalho ilícito do trabalho proibido, veja:

“As leis trabalhistas modernas disciplinam os efeitos da ilicitude do objeto. Exemplifique-se com a Lei do Contrato de Trabalho da Argentina (Lei n. 20.744), art. 41: “Considera-se ilícito o objeto quando este for contrário à moral e aos bons costumes, mas não se considerará como tal se, pelas leis, ordenações municipais ou

53 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 501.

54 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 524.

55 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 81.

56 MARTINS, op. cit., p. 100.

regulamentos de polícia, forem por estes regulados ou tolerados”. O art. 43 da mesma lei aponta o efeitos: “O contrato de objeto ilícito não produz consequências entre as partes, derivadas desta Lei”. Não se confunde, no direito argentino o objeto ilícito com o objeto proibido. Proibido é, por exemplo, o trabalho, sob a forma de emprego, de menores com determinadas idades. No entanto, o objeto não será ilícito, meramente proibido, com efeitos diferentes, dispondo a mesma lei que “o contrato de objeto proibido não afetará o direito do trabalhador de receber as remunerações e indenizações que se derivem de sua extinção por tal causa.”⁵⁷

Nesse sentido, há quem afirme que tanto o trabalho ilícito como o trabalho proibido não podem ser reconhecidos como um contrato de trabalho juridicamente válido, mas ressalta que o segundo tipo de trabalho deve ser remunerado, em virtude de ser impossível restituir a força de trabalho expendida pelo trabalhador.⁵⁸

No mesmo sentido são as palavras de Maurício Godinho Delgado:

“[...] há uma distinção fundamental a ser observada no tocante a esse tema. Trata-se da diferença entre ilicitude e irregularidade do trabalho. [...] irregular é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados. Embora um trabalho irregular possa também, concomitantemente, assumir caráter de conduta ilícita (exercício irregular da medicina, por exemplo), isso necessariamente não se verifica”. A doutrina e a jurisprudência tendem também a chamar o trabalho irregular de trabalho proibido, pela circunstância de ele importar em desrespeito a norma proibitiva expressa do Estado. É exemplo significativo de trabalho irregular (proibido) aquele executado por menores em período noturno ou em ambientação perigosa ou insalubre. Na mesma direção o trabalho executado por estrangeiro sem autorização administrativa para prestação de serviços.”⁵⁹

Após o tratamento dado pela doutrina referente ao trabalho proibido com suas diferenças em relação ao trabalho ilícito, é preciso mostrar os mais corriqueiros casos de trabalho proibido, como o trabalho do menor, o da mulher em desconformidade com a legislação, certos trabalhos exercidos em condições insalubres, penosas e perigosas, e os efeitos da contratação feita pela Administração Pública sem a realização de concurso público.

Estabelece o inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal do Brasil, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.⁶⁰

Este dispositivo demonstra a preocupação do Brasil com o trabalho infantil e

57 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 546.

58 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

59 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

60 BRASIL. Constituição: Constituição da República Federativa do Brasil: 1988. 28. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. p. 11.

adolescente, embora vá ao encontro do acervo normativo internacional protetivo estabelecido especificamente pelas Convenções 138 e 182 da OIT.⁶¹

Somente para esclarecer o entendimento quanto à aplicabilidade das Convenções, a Convenção 138 foi ratificada pelo Brasil em 2002, e, a Convenção 182 foi ratificada em 1999. Por sua vez, esta trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e busca uma imediata ação para a sua eliminação. Aquela, trata sobre a idade mínima para a admissão em emprego, juntamente com a abolição do trabalho infantil.⁶²

Diante disso, o art. 1º da Convenção 182 estabelece que todo Estado-membro que ratificá-la deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em regime de urgência. E, ainda, considera o termo criança como toda pessoa menor de 18 anos.⁶³

Do mesmo modo, observando o art. 3º da Convenção nº 182, percebe a determinação das piores formas de trabalho infantil, como: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão; b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos; c) utilização, demanda e oferta de criança para atividades ilícitas; d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.⁶⁴

Por sua vez, a Convenção 138 da OIT, se preocupa com a idade mínima para a admissão no emprego. Estabelece em seu art. 1º, que qualquer Estado-membro, no qual vigore a Convenção, compromete-se a adotar uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem.⁶⁵

Com isso, nos termos do item 3 do art. 2º da Convenção 182, a idade mínima fixada não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos.⁶⁶

61 PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 106.

62 PESSOA, op. cit., p. 106.

63 http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_182.pdf. Acesso em: 01 Out. 2010. 10:00

64 http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_182.pdf. Acesso em: 01 Out. 2010. 10:05

65 Ibidem, p. 106.

66 http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_182.pdf. Acesso em: 01 Out. 2010. 10:15

Todavia, o Estado-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessados, se as houver, poderá definir, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos.⁶⁷

Já no art. 3º, item 1, a Convenção nº 138, estabelece que não será inferior a dezoito anos de idade a admissão em qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstância em que é executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem.⁶⁸

Após uma abordagem do trabalho do menor seguindo o entendimento das convenções internacionais, a doutrina brasileira entende que a prestação de serviço executada por ele está vinculada à validade do contrato de trabalho.

Pedro Paulo Teixeira Manus, sobre esse tema, ensina que:

“(…), para que seja válido o contrato de trabalho, é necessário que o empregado seja capaz para contratar, isto é, tenha atingido a maioridade trabalhista, que se dá aos 18 anos, conforme o art. 402 da CLT. Sendo menor de 18 anos e maior de 16 anos, poderá trabalhar como empregado, mas o contrato haverá de ser celebrado também pelo pai, mãe ou responsável legal pelo adolescente. O mesmo se dá no caso daqueles que estão na idade entre 14 e 16 anos, que podem trabalhar apenas na condição de aprendizes, como afirma o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.”⁶⁹

Ainda, afirma que o trabalho do menor de 18 anos é proibido quando prestado de maneira perigosa ou insalubre, ou quando a contratação for realizada em período eleitoral. Note que são proibições estipuladas pela lei para tipos de trabalhos específicos, ou seja, há uma contratação por motivo específico.⁷⁰

Desenvolvendo ainda o trabalho do menor, Alice Monteiro de Barros ensina, seguindo o caminho traçado pela Constituição Federal do Brasil e por Pedro Paulo Teixeira Manus, que *“ao menor de 14 anos, em qualquer situação, e ao menor de 16 não aprendiz, falta capacidade para firmar o contrato, pois o trabalho lhes é proibido.”*⁷¹

Em razão disso, as atividades proibidas, embora o ato jurídico seja anulável, produzem efeitos, motivando a extinção do contrato com efeitos *ex nunc*, *“fazendo jus o menor aos*

67 http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_182.pdf. Acesso em: 01 Out. 2010. 10:20

68 http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_182.pdf. Acesso em: 01 Out. 2010. 10:30

69 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

70 MANUS, op. cit., p. 72.

71 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 523.

*direitos de todo o período trabalhado, uma vez que não se tem como voltar ao status quo ante, nem pode gerar enriquecimento ilícito do empregador, o qual se utilizou da mão de obra do menor.”*⁷²

Outra realidade considerada como modalidade de trabalho proibido é aquele exercido pela mulher em condições não aceitas pela legislação trabalhista.

A proteção da mulher está no rol fixado pela Constituição, mais especificamente nos incisos XX e XXVII, os quais protegem o “mercado de trabalho para categorias especialmente prejudicadas”, bem como, “o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.⁷³

Uma das restrições existentes no Brasil quanto ao trabalho da mulher foi com relação ao trabalho noturno. Embora os textos constitucionais não contivessem restrições ao trabalho noturno das mulheres, no Brasil, o Decreto nº 21.417-A, de 1932, influenciado pelas normas internacionais, vedava-lhes o trabalho nos estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte.⁷⁴

Entretanto, havia os casos excepcionais, como:

“as empregadas em estabelecimento em que só trabalhassem pessoas de sua família (art. 372); as mulheres cujo trabalho fosse indispensável para evitar interrupção do funcionamento normal do estabelecimento; ao trabalho decorrente de força maior que não apresentasse caráter de periodicidade, ou, ainda, aos casos em que o trabalho noturno fosse necessário para evitar perdas de matérias primas ou substâncias perecíveis. Estavam também excluídas da esfera normativa desse diploma legal: as mulheres que pertencem ao serviço de hospitais, clínicas, sanatórios, manicômios, e estivessem diretamente incumbidas de tratamento de enfermos; as maiores de 18 anos, empregadas em serviços de telefonia e radiofonia, e aquelas que, não participando de trabalho normal e contínuo, ocupassem posto de direção responsável.”⁷⁵

O art. 379 da CLT, continha a proibição do trabalho noturno exercido pela mulher, comportando algumas exceções. Todavia, este artigo sofreu significativas mudanças no decorrer dos anos, o que levou à permissão do trabalho noturno para as mulheres, segundo o que se extrai da Lei

72 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 81.

73 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007.

74 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

75 BARROS, op. cit., p. 1087.

nº 7.189/84.⁷⁶

Ainda assim, a restrição não se aplicava à mulher ocupante de posto de direção ou qualificação técnica com acentuada responsabilidade, ou que trabalhassem nos serviços de higiene e bem-estar, desde que não executasse tarefas manuais habitualmente.⁷⁷

Nesse espeque, a Lei nº 7.855/89 revogou expressamente os arts. 379 e 380 da CLT, “*não mais persistindo restrição ao trabalho noturno da mulher, pois a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico.*”⁷⁸

Passando para outra modalidade de trabalho proibido exercido pela mulher, abordará agora o trabalho em condições insalubres, perigosas e penosas.

Da Constituição de 1934 até a Constituição de 1967, o trabalho da mulher em indústrias insalubres era visto como um trabalho perigoso e prejudicial. O art. 387 da CLT, proibia o trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular, nos serviços perigosos e insalubres.⁷⁹

Por sua vez, a Constituição de 1988 não trouxe a restrição ao trabalho insalubre das mulheres, o que motivou a revogação expressa do citado art. 387 da CLT. O argumento utilizado para explicar a ausência se baseia na igualdade de deveres e obrigações entre homens e mulheres estipulado pelo art. 5º, inciso I da CF.⁸⁰

Outro dispositivo que fundamenta a proteção do trabalho da mulher é o artigo que vedou a diferença salarial entre homens e mulheres, e, a admissão no trabalho por motivo de sexo.⁸¹

Nesse sentido:

“os riscos reprodutivos ocupacionais devem ser eliminados, reduzidos ou distribuídos dentro de um sistema racional de trabalho, de acordo com as particularidades de cada sexo. Ademais, são poucas as profissões, se realmente existem, nas quais o trabalho insalubre ou perigoso é mais prejudicial às mulheres do que aos homens, se uns e outros agirem com prudência necessária, exceção

76 Ibidem, p. 1087.

77 Ibidem, p. 1087.

78 Ibidem, p. 1087.

79 Ibidem, p. 1088.

80 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 1088.

81 BARROS, op. cit., p. 1088.

feita, evidentemente, à mulher no ciclo-gravídico-puerperal.”⁸²

Por fim, a última realidade tratada como proibição ao trabalho da mulher diz respeito ao peso.

Desde de 1932, já se vedava o emprego de mulheres na remoção de peso superior ao estabelecido nos regulamentos elaborados pela autoridade pública. Logo após, em 1943, a restrição foi disposta pelo art. 390 da CLT.⁸³

Assim, a legislação trabalhista fazendo impor as suas limitação, estipula por meio do art. 390 da CLT, que é proibido o trabalho da mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo, ou 25 quilos para o trabalho ocasional.

Somente a título de informação, em diversos países, as mulheres trabalham com pesos, como ocorre na Índia, com as “peoas de alvanel”, que carregam pesados materiais de construção. No Brasil e nos países africanos, o carregamento é de baldes de água, lenha e cereais.⁸⁴

No que tange á questão corporal, estudos realizados no campo da fisiologia revelam que o sistema muscular da mulher é menos desenvolvido do que o do homem. Aos 20 anos, a força muscular corresponde, em média, a 65% da força masculina e, aos 55 anos, decresce para 54%.⁸⁵

Outra modalidade de trabalho considerada proibida é a contratação pela Administração Direta ou Indireta, sem a realização de concurso público. É que o art. 37, II, da CF/88, proibiu a investidura em cargo ou emprego público sem a prévia realização de concurso público.⁸⁶

Maurício Godinho Delgado ao tratar dos efeitos desta matéria, ensina que há duas correntes doutrinárias que dão tratamento diferenciado para os direitos trabalhistas advindos dessa relação jurídica.

Veja como ele separa as teses defendidas pelas duas correntes que tratam sobre a contratação pela Administração Pública sem a realização de concurso público:

82 Ibidem, p. 1088.

83 Ibidem, p. 1088.

84 Ibidem, p. 1091.

85 Ibidem, p. 1091.

86 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 509.

“Há duas posições polares surgidas a respeito de tais casos: a primeira, negando qualquer possibilidade de aplicação da teoria justrabalhista especial de nulidades, ao fundamento de que o interesse público envolvido suplantaria, por inteiro, o interesse laboral. A teor desta posição, negar-se-ia o pagamento de verbas contratuais trabalhistas ao trabalhador contratado irregularmente (ou admitir-se-ia o pagamento apenas da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, conforme o Enunciado nº 363 do mesmo Tribunal, a par dos depósitos de FGTS – art. 19-A, Lei nº 8.036/90). A segunda posição polar tem insistido na plena e irrestrita aplicabilidade da teoria justrabalhista especial, com todos os direitos trabalhistas daí advindos (direitos salariais e não salariais), inclusive aquelas parcelas inerentes à dispensa injusta, se for o caso. Aos fundamentos clássicos da aplicação da teoria especial trabalhista (prevalência jurídica do valor trabalho; não enriquecimento sem causa; inviabilidade de devolução do labor já efetivamente cumprido), esta vertente acrescentaria outro fundamento, hábil a justificar a obrigação estatal também pelas verbas rescisórias específicas à dispensa desmotivada: a norma constitucional vedatória estaria dirigida apenas ao administrador público e não ao obreiro.”⁸⁷

No entender de Maurício Godinho Delgado, essa polaridade de entendimento não segue no mesmo caminho do “*conjunto normativo e de princípios da Constituição Republicana; por isso, acaba por produzir escolhas excludentes, que são inaceitáveis à luz do próprio conjunto harmônico da Carta de 1988.*”⁸⁸

Por fim, para o trabalhador que é admitido em órgão público sem a aprovação no concurso público, o Tribunal Superior do Trabalho por meio da Súmula nº 363, entende que o trabalhador tem “*direito ao salário pelo serviço prestado e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.*”⁸⁹

Com isso, após a separação teórica e prática entre os trabalhos ilícito e proibido, passaremos a tratar da validade jurídica da relação de emprego, analisando os elementos jurídicos formais do contrato de trabalho, juntamente com os efeitos produzidos dele decorrente.

2.3. Validade jurídica da relação de emprego

Para Maurício Godinho Delgado, a validade jurídica da relação de emprego decorre da análise de dois tipos de elementos. São eles, os “elementos fático-jurídicos”, que dizem respeito aos elementos do vínculo empregatício, como não eventualidade, onerosidade,

87 DELGADO, op. cit., p. 510.

88 Ibidem, p. 510.

89 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmulas. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf> Acesso em 15 Outubro 2010. 15:00.

pessoalidade, alteridade e subordinação. E os “elementos jurídico-formais”, que se referem à capacidade das partes contratantes, licitude do objeto contratado, forma contratual prescrita em lei ou por esta não proibida e manifestação de vontade.⁹⁰

Explicando a aplicação desses elementos numa relação de trabalho, Maurício Godinho Delgado diz que:

“Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os elementos fáticos-jurídicos da relação empregatícia permite responder à pergunta sobre a existência ou não da relação de emprego no caso concreto. Já a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a validade (ou não) e extensão dos seus efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes.”⁹¹

Ressalta que o fenômeno da relação de emprego somente está completa do ponto de vista de seus efeitos jurídicos, se reunidos, no vínculo existente, os elementos fático-jurídicos e os jurídico-formais. Se verificada a reunião dos elementos fáticos-jurídicos, a relação de emprego existe. Conquanto, se não *“confirmada a presença (ou regularidade) de todos os elementos jurídico-formais do correspondente contrato, a relação de emprego pode se tornar impotente para provocar efeitos no mundo jurídico.”*⁹²

A título de exemplo, se o trabalho é prestado para a prática de contrabando, de crime organizado, que tem a seu serviço contingentes numerosos de adultos, homens e mulheres, adolescentes que vivem do crime nas mais diferentes atividades em pontos de venda de drogas, realizando assim o trabalho ilícito, não terá reconhecido, pelo Direito, o vínculo firmado para fins de repercussão justrabalhista.⁹³

Diante dessa situação, a ausência de efeitos dados aos trabalhos ilícitos será absoluta, embora esteja presente os elementos fático-jurídicos da relação de emprego. Isso porque *“a gravidade do defeito de um dos elementos jurídico-formais do pacto é tamanha que não se autoriza qualquer respaldo jurídico à relação estabelecida entre as partes.”*⁹⁴

Todavia, dependendo do defeito dos elementos jurídicos-formais, pode ser dado uma resposta jurídica menos drástica, do que a exposta acima. Pois o ordenamento jurídico

90 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 305.

91 DELGADO, op. cit., p. 305.

92 Ibidem, p. 306.

93 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 547.

94 Ibidem, p. 306.

trabalhista “*sopesa a diversidade dos valores envolvidos e autoriza a produção de certos efeitos pela relação jurídica relativamente viciada.*”⁹⁵

É exemplo disso, a contratação de pessoas pela Administração Direta ou Indireta, sem a prévia aprovação em concurso público, que possuem o direito de receber o pagamento da contraprestação firmada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.⁹⁶

Com isso, após uma breve introdução sobre a análise da validade do contrato de trabalho, passa-se agora a analisar os elementos jurídicos-formais de uma maneira individualizada.

2.3.1. Elementos jurídicos-formais do contrato empregatício

O Direito do Trabalho para reconhecer a validade dos contratos laborais buscou no Direito Civil os elementos essenciais do contrato particular e fez a sua adequação jurídica. Antes de tratar do contrato de trabalho, vamos ver como o Direito Civil desenvolve essa matéria.

Primeiramente, este ramo do Direito Privado dá ao contrato estabelecido pelas partes, o mesmo significado de negócio jurídico, ou seja, “*entende que o contrato pactuado é a declaração de vontade dirigida à produção de efeitos permitidos em lei e desejados pelos agentes.*”⁹⁷

Nesse sentido é Jair Araújo, veja:

“Considerando que o contrato de trabalho não deixa de ser um negócio jurídico, para que produza efeitos nos moldes a ser amparado pelo ordenamento jurídico, bem como por uma eventual intervenção e tutela estatal, através do Poder Judiciário, é obrigatório e necessário, para que surta os efeitos atribuídos por lei, que exista a conjunção de elementos exteriores (extrínsecos) e interiores (intrínsecos), modernamente denominados, respectivamente, pressuposto e requisitos, tal como classificado pelos cultos mestres Orlando Gomes e Elson Gottschalk.”⁹⁸

95 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

96 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 81.

97 TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 213.

98 ARAÚJO, Jair. *Relação de emprego: contrato individual de trabalho e os contratos afins*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 42.

Com isso, para analisar os negócios jurídicos, é necessário o conhecimento dos três planos imprescindíveis do Direito Civil, que são o da existência, da validade e da eficácia, distintamente tratados.

Neste momento do trabalho, o plano mais importante para ser tratado é o plano da validade, haja vista que vai analisar se a declaração de vontade foi emanada de agente capaz, se o objeto é lícito, possível, determinado ou determinável, e, se a forma é prescrita ou não defesa em lei, como já estabelecido no art. 104/CC.

A respeito do artigo do Código Civil, veja o que ele dispõe:

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I- agente capaz;

II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III- forma prescrita ou não defesa em lei.”⁹⁹

Ainda, além desses requisitos, que não são os únicos, acrescenta-se o consentimento, “*sem o qual inexiste o negócio jurídico.*”¹⁰⁰

Como exposto acima, o contrato de trabalho deve respeitar as condições determinadas pelo art. 104 do Código Civil, que exige para a sua validade agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁰¹

Assim, estabelecendo aos elementos jurídico-formais como elementos essenciais do contrato de trabalho, bem como os aspectos civis, Alice Monteiro de Barros ressalta que a formação do contrato de trabalho aplicará analogicamente o Código Civil de 2002.¹⁰²

Todavia, haverá diferença entre o contrato de trabalho e o contrato estabelecido pelo Direito Civil. Veja o que diz Jair Araújo:

“Tal como afirmado, onde o contrato de trabalho possui contornos peculiares,

99 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 20 Outubro 2010. 17:00.

100 RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil: Lei nº 10.406/2002*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 419.

101 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24ªed, São Paulo: Atlas, 2008. p. 95.

102 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245.

diferenciado está substancialmente dos demais contratos de natureza civil, pois envolve a magnitude do esforço humano, quer seja sob o aspecto intelectual, quer seja quanto o aspecto físico. Razão pela qual possui características próprias de natureza específica.”¹⁰³

Com isso, agora passaremos a abordar de maneira pormenorizada cada um dos elementos jurídicos-formais exigidos para reconhecer a validade do contrato de trabalho.

Primeiramente, para uma melhor compreensão dos elementos jurídicos-formais, deve-se abordar a capacidade do agente com as suas classificações.

O Direito quando vai tratar da capacidade do agente, trás uma noção muito ampla do seu significado, pois existe duas classificações que melhor esclarece. Washington de Barros Monteiro, por exemplo, utilizando os conceitos dados às duas espécies, diz que a capacidade “*é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer por si ou por outrem atos da vida civil.*”¹⁰⁴

Como dito acima, a capacidade foi partida em duas espécies, sendo a capacidade de direito ou de gozo, e, a capacidade de fato ou de exercício. A primeira é a possibilidade de gozar dos direitos subjetivos, ou seja, é a qualidade para ser sujeito ou titular de direitos.¹⁰⁵

Quanto à segunda espécie, consiste na possibilidade às pessoas naturais de atuar autonomamente em relações jurídicas, seja por si próprias ou por meio de um representante voluntário.¹⁰⁶ Gustavo Tepedino, ressalta que “*ter plena capacidade de fato é ter aptidão para utilizar os direitos na vida civil, exercendo-os por si mesmo, sem a necessidade de assistência ou representação.*”¹⁰⁷

Entretanto, a conjugação de ambas as noções demonstra a capacidade jurídica plena, que é a capacidade dita como regra geral, pois todos os sujeitos são capazes, exceto se a lei dispôr o contrário, como faz nos artigos 3º e 4º do Código Civil.¹⁰⁸

Por sua vez, o Código Civil distinguiu as pessoas, nos arts. 3º e 4º, em

103 ARAÚJO, Jair. *Relação de emprego: contrato individual de trabalho e os contratos afins*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.

104 TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

105 TEPEDINO, op. cit., p. 05.

106 Ibidem, p. 218.

107 Ibidem, p. 05.

108 Ibidem, p. 05.

absolutamente e relativamente incapazes.

O art. 3º dispõe que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, e, os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.¹⁰⁹

Já os incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos.¹¹⁰

Da mesma maneira que o Código Civil elenca os incapazes, seja absolutamente, como relativamente, também excepciona no parágrafo único do art. 5º/CC, os casos em que cessa a incapacidade para os menores.¹¹¹

Assim, cessará para os menores, a incapacidade, pela concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 anos completos, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso superior, pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria.¹¹²

Agora, trazendo o conceito de capacidade para o Direito do Trabalho, Amauri Mascaro Nascimento ensina:

“Capacidade, no direito, como vimos, é a aptidão de uma pessoa para ser titular de um direito e exercê-lo diretamente. O mesmo conceito é utilizado pelo direito do trabalho para significar a aptidão para ser empregado. Quais são essas condições? De modo geral, toda pessoa pode contratar emprego. No entanto, algumas restrições existem. Uma delas refere-se à idade mínima, que no Brasil obedece às seguintes regras: a) é absolutamente incapaz para o trabalho o menor de 16 anos, o que significa que em nenhuma hipótese poderá ser empregado, embora tolerado o trabalho com ânimo diferente, como recreativo, educacional, etc.; b) dos 16 aos 18 anos poderá ser empregado com autorização do responsável legal; c) a partir dos 18

109 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 21 Outubro 2010. 15:00.

110 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 21 Outubro 2010. 15:05.

111 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 21 Outubro 2010. 15:10.

112 <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 21 Outubro 2010. 15:15.

anos, é plena a capacidade trabalhista.”¹¹³

Este entendimento foi parcialmente alterado, pois a Emenda Constitucional nº 20/98 alterou o texto constitucional fixando como idade mínima para o trabalho do menor de 16 anos como empregado, e 14 anos como aprendiz.¹¹⁴

Por fim, uma aplicação existente na CLT, quanto à prática pelo menor de alguns atos jurídicos, está no artigo 439. Este artigo dispõe que *“é lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento de salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.”*¹¹⁵

Outro elemento-jurídico formal essencial ao contrato de trabalho e que faz parte do plano da validade é o objeto, que nos dizeres de Arnaldo Rizzardo, *“(...) deve apresentar-se não apenas lícito, mas também possível, determinado ou determinável.”*¹¹⁶

No que tange à liceidade, o objeto deve estar em conformidade de uma forma ampla com o ordenamento jurídico. Deste modo, não merece analisar se a ilicitude é civil ou penal ou de outro ramo, pois um negócio que tenha o objeto proibido em lei não terá validade.¹¹⁷

A noção de possibilidade do objeto relaciona-se com a liceidade quando se trata de possibilidade jurídica de um determinado comportamento, pois existe uma correlação entre as idéias de possibilidade de um ato frente à lei e conformidade com o ordenamento.¹¹⁸

Gustavo Tepedino, ensina sobre a diferença entre o objeto determinado e determinável, embora estejam situados no requisito da determinabilidade, veja:

“Não há que se confundir o conteúdo das duas expressões, pois quando se fala de um objeto determinado, é possível destacar todas suas características de forma precisa, desde o momento da realização do negócio. Já um objeto determinável tem um grau de imprecisão acerca de alguma de suas qualidades ou de quantidade, que poderá estar presente no momento inicial do negócio, mas não poderá subsistir

113 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 630.

114 NASCIMENTO, op. cit., p. 630.

115 Ibidem, p. 630.

116 RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil: Lei nº 10.406/2002*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 420.

117 TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

118 TEPEDINO, op. cit., p. 219.

quando de sua efetivação.”¹¹⁹

Todavia, o Direito do Trabalho juntamente com grande parte da doutrina, se atêm a abordar de forma mais incisiva a licitude do objeto, deixando de tratar dos demais elementos.

Maurício Godinho Delgado, afirma que “*enquadrando-se o labor prestado em um tipo legal criminal, rejeita a ordem jurídica justrabalhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista. Não sendo válido, pois, contrato laborativo que tenha por objeto trabalho ilícito.*”¹²⁰

Agora, tratando da forma como elemento jurídico-formal, temos como regra geral, a liberdade de forma, e, como exceção, a exigência de forma especial. O próprio ordenamento indica quais são os negócios jurídicos que devem seguir uma forma específica dentre as várias possíveis.¹²¹

Trazendo este raciocínio para o Direito do Trabalho, Pedro Paulo Teixeira Manus ensina:

“Relativamente à forma do contrato, como veremos adiante, esta não é rígida no Direito do Trabalho quando se cuida do contrato de trabalho sem prazo, que é a regra geral entre nós. Todavia, quando se cuida de contrato a prazo, exige-se a celebração por escrito, porque se trata da exceção, conforme o art. 443 e seus parágrafos.”¹²²

Dessa forma, a celebração do contrato de trabalho não exige qualquer instrumentalização específica, demonstrando a pactuação não solene e informal, podendo até mesmo ser ajustado de maneira tácita. É o que se depreende dos artigos 442 e 443 da CLT.¹²³

Assim, é possível que exista um contrato de trabalho entre duas pessoas, ainda que o mesmo não exista formalmente. Pois o artigo 442 da CLT dispõe que “*há contrato de trabalho entre dois sujeitos desde que exista uma relação de emprego, ainda que a mesma não tenha sido formalizada.*”¹²⁴

Essa informalidade pode trazer certa insegurança, entretanto, não prejudica o

119 Ibidem, p. 220.

120 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 510.

121 DELGADO, op. cit., p. 510.

122 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

123 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

124 MANUS, op. cit., p. 72.

trabalhador, pois “o caráter meramente consensual do contrato de trabalho faz com que sua existência comprove-se através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções.”¹²⁵

Note que mesmo diante de tal informalidade, o conteúdo do contrato não será inteiramente determinado pelas partes, a lei irá assegurar de forma imperativa um conteúdo mínimo ao contrato empregatício, resultante das normas jurídicas autônomas e heterônomas aplicáveis às partes acordantes.¹²⁶

Tudo isso porque, dado o caráter protecionista do Direito do Trabalho, não está ao arbítrio das partes a celebração ou não do contrato, bastando que estejam presentes na relação entre os sujeitos os requisitos que compõem o contrato de trabalho.¹²⁷

Além dos três elementos ditos acima, somou-se como já dito, a manifestação da vontade. A própria ordem jurídica exigiu a ocorrência de livre e regular manifestação de vontade pelas partes contratuais para que o contrato se considere válido.¹²⁸

No ramo do Direito Civil, a manifestação de vontade “se trata de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico aos sujeitos de modo que eles, por meio da vontade, possam dar origem a relações recepcionadas pelo próprio ordenamento.”¹²⁹

Embora tenha surgido vertentes institucionalistas e congêneres, na primeira metade do século XX, desconsiderando a essencialidade da presença da vontade das partes no contrato, ainda existe o entendimento de que a vontade é um elemento da essência do contrato.¹³⁰

Um ponto importante que deve ser levado em conta, é que devido o contrato empregatício se caracterizar com esse elemento jurídico-formal, “a aferição de sua presença no cotidiano trabalhista é menos relevante do que percebido no cotidiano regulado pelo Direito Civil.”¹³¹

Geralmente, o consentimento do empregado é mais voltado para a adesão ao

125 Ibidem, p. 510.

126 Ibidem p. 502.

127 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

128 DELGADO, op. cit., p. 504.

129 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 170.

130 Ibidem, p. 504.

131 Ibidem p. 504.

trabalho, tendo em vista que “a livre manifestação da vontade dá-se mais no tocante ao momento de adesão ao pacto do que no da definição de suas cláusulas.”¹³²

Além disso, a manifestação de vontade não pode estar viciada, possibilitando a anulação do contrato, já que a presença de erro, dolo, coação, simulação e fraude compromete a sua validade.¹³³

Finalizada a abordagem dos elementos jurídicos-formais do contrato de trabalho, analisando cada um particularmente e fazendo uma relação com o Direito Civil para facilitar a compreensão, é preciso abordar de maneira individualizada a licitude do objeto.

2.3.2. *Licitude do objeto*

Cabe agora uma análise da licitude do objeto, que tem uma grande relação com o trabalho realizado pelo apontador do jogo do bicho.

Inicialmente, o objeto lícito como já dito, não pode contrariar a lei e nem ir ao encontro dos fins éticos do direito, pois a consequência disto será a sua invalidade como todo ato ou negócio jurídico. Em razão disso, a relação de emprego para ser reconhecida como produtora de efeitos deve se encontrar dentro do sistema legal.¹³⁴

Na doutrina brasileira, há autores que tratam da licitude do objeto explicando a diferença entre o trabalho proibido e o trabalho ilícito. É o caso, por exemplo, de Renato Saraiva quando ensina que o trabalho proibido tem o objeto lícito, mas a lei “*para salvaguardar o próprio trabalhador ou interesse público, proíbe o trabalho.*”¹³⁵ Ainda, continua explicando que, no trabalho proibido, os efeitos do contrato são plenamente produzidos, uma vez que o trabalhador fará jus a todo o período trabalhado.¹³⁶

Já o trabalho ilícito, que possui o objeto ilícito, não chega sequer a produzir

132 SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1976. p. 115.

133 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 252.

134 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 546.

135 SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 81.

136 SARAIVA, op. cit., p. 81.

efeitos por ser nulo, demonstrando a gravidade desta relação.¹³⁷

Na mesma forma de pensar, Pedro Paulo Teixeira Manus e Sérgio Pinto Martins, colocam que o trabalho que possui o objeto ilícito não pode produzir efeitos por ser contrário à moral e aos bons costumes.¹³⁸

Nesse mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros coloca que:

“O objeto do contrato de trabalho é uma atividade, é um facere lícito. A licitude indica uma prestação de serviço que está em consonância com a lei, com a ordem pública e os bons costumes, independentemente de a atividade empresarial ser lícita ou ilícita. A atividade empresarial ilícita, em regra, configura delito ou contravenção penal.”¹³⁹

Por fim, seguindo o mesmo entendimento dos autores acima referidos, Maurício Godinho Delgado coloca que o objeto lícito é uma exigência da ordem jurídica para que o contrato tenha validade e que produza efeitos pretendidos pelas partes. Para ele, “*enquadrando-se o labor prestado em um tipo legal criminal, rejeita a ordem justralhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista.*”¹⁴⁰

2.3.3. O objeto do contrato

Para concluir a validade jurídica da relação de emprego, é preciso trabalhar as espécies da invalidade e analisar sua aptidão para produzir efeitos.

2.3.3.1. Invalidade

O termo invalidade é gênero, no qual se há duas espécies: nulidade e anulabilidade. A diferença entre as espécies, além de ser inúmeras, é mais destacada no que tange à causa de cada uma. Na nulidade, há uma afronta ao interesse público considerada como grave. Já a anulabilidade têm uma afronta menos grave, por tutelar um interesse particular.¹⁴¹

Para grande parte da doutrina, a classificação entre nulidade absoluta e nulidade

137 Ibidem, p. 82.

138 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74.

139 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 501.

140 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 501.

141 TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 313.

relativa, equivale à distinção entre nulidade e anulabilidade. Embora a doutrina critique essa terminologia, a jurisprudência ainda utiliza como equivalentes.

2.3.3.1.1. Nulidade

Como já dito, um contrato nulo não produz os efeitos pretendidos pelos contratantes e nem é reconhecido legalmente, devido ao choque com a ordem pública. Sua gravidade é tão rechaçada que o torna imprescritível e autoriza ao juiz que declare de ofício quando se deparar com algum caso de nulidade.¹⁴²

A inatividade do contrato nulo é tão expressiva que não chega sequer a transferir direitos e obrigações para as partes, e, mesmo que elas pratiquem algum ato, este não será em nenhuma hipótese convalidado, pois é considerado um vício insanável.¹⁴³

Nesse sentido, Gustavo Tepedino ensina que “*o sistema jurídico aplica uma sanção aos negócios praticados em violação à norma jurídica cogente, sepultando-os em sua origem.*”¹⁴⁴

O seu efeito é tão grave, que seu alcance é geral e atinge toda a coletividade, demonstrando a sua eficácia *erga omnes*, privando o negócio jurídico de produzir efeitos, por ter sido realizado em ofensa grave aos princípios de ordem pública.¹⁴⁵

2.3.3.1.2. Anulabilidade

A anulabilidade por sua vez distingue da nulidade, por não ser instituída em função de um interesse geral, mas de um interesse particular. Entretanto, a declaração da anulabilidade só pode ser requerida pelo particular, afastando a declaração de ofício pelo juiz como faz nas causas de nulidades.¹⁴⁶

Quanto à produção dos efeitos, estes são produzidos até que haja a declaração da anulabilidade, diferentemente da nulidade, que não reconhece a produção dos efeitos.¹⁴⁷

142 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

143 TEPEDINO, op. cit., p. 313.

144 Ibidem, p. 313.

145 Ibidem, p. 313.

146 Ibidem, p. 313.

147 Ibidem, p. 313.

Outros dois pontos que devem ser diferenciados da nulidade é no que diz respeito à convalidação do ato inválido, ou seja, a possibilidade de ser sanável, e, quanto ao reconhecimento da prescritibilidade.¹⁴⁸

Agora, deixando para trás a análise da invalidade, é preciso aplicar as regras do Direito Civil ao contrato de trabalho. O questionamento que se faz é: Seriam aplicáveis as regras do Direito Civil ao contrato de trabalho?

Respondendo esta pergunta, Roppo sustenta que “*as regras gerais em matéria de disciplina da nulidade são postas de parte quando se trata de um contrato de trabalho subordinado. O caráter irretroativo da declaração de nulidade faria com que a relação fosse cancelada desde o surgimento.*”¹⁴⁹

Amauri Mascaro Nascimento, continua:

“Esse é o entendimento praticamente unânime dos doutrinadores, no sentido de que a teoria civil da invalidade deve sofrer adaptações em sua aplicação no contrato de trabalho, em razão de diversos aspectos, dentre os quais: a) o princípio da conservação do contrato de trabalho; b) a impossibilidade de restituição das partes ao “*status quo ante*”; c) a facilitação do enriquecimento ilícito.”¹⁵⁰

Tudo isso porque o trabalho é uma energia gasta e irrestituível que chega a confundir o trabalho e o ser que o exercita, pois são indissociáveis.¹⁵¹

Manoel Alonso Olea, mostra que:

“É exatamente essa transferência do trabalhador para o produto trabalhado que impede, no contrato de trabalho, o retorno das partes à situação em que se encontravam no início da prestação dos serviços, fazendo com que os critérios que devam ser observados, no direito do trabalho, desigualem-se daqueles que são aplicáveis aos contratos de direito comum.”¹⁵²

Diante disso, caso aplicasse os critérios do direito civil no que tange à invalidade do contrato ao direito do trabalho, resultaria no enriquecimento ilícito do empregador, já que não é possível a restituição das partes ao *status quo ante*, uma vez que, não há como devolver ao empregado o trabalho prestado.

148 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 549.

149 ROPPO, Enzo. *O contrato (trad.)*. Coimbra, Livraria Almedina, 1988.

150 NASCIMENTO, op. cit., p. 549.

151 Ibidem, p. 550.

152 OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. ed. Sulina, 1969. p. 345

Assim, “o entendimento de que inexistem efeitos do contrato de trabalho nulo geraria uma situação de total irreparabilidade em detrimento daquele que com o trabalho prestado já cumpriu a sua obrigação.”¹⁵³

Dessa forma, diante do entrave da irrestituibilidade, o direito do trabalho precisa fazer as adaptações e criar critérios específicos para dar uma resposta ao problema, sem contudo, afastar totalmente as importantes construções jurídicas do direito civil.¹⁵⁴

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento:

“Não é válida, para o contrato de trabalho, a máxima do direito civil, ou seja, se o contrato é nulo nenhum efeito produzirá, porque dentre os efeitos que o trabalho prestado gera estão os salários contraprestativos que dele são devidos, além de outras vantagens trabalhistas.”¹⁵⁵

Isso mostra que a invalidação do contrato não prejudica a preservação dos deveres e direitos convencionados até o momento da sua declaração de invalidade.

Dessa maneira, na busca de preservar o salário mesmo diante de um contrato nulo, a doutrina brasileira é unânime em entender que “apesar da nulidade do contrato, a subsistência do salário, tem fundamento nos princípios gerais de direito, especialmente o de que ninguém deve enriquecer sem causa.”¹⁵⁶

Por sua vez, Egon Gottschalk entende que “a nulidade do contrato de trabalho deixa, portanto, permanecer a relação de trabalho como situação jurídica sui generis, não privando o empregado desta sua qualidade de 'empregado' e, destarte, dos direitos oriundos do simples fato da prestação de trabalho subordinado.”¹⁵⁷

Ainda, Délio Maranhão ensina que “os salários que já foram pagos não devem ser restituídos, correspondendo, como correspondem, à contraprestação de uma prestação definitivamente realizada.”¹⁵⁸

Por fim, conclui que a invalidade no contrato de trabalho produz efeitos, uma vez que não há que se falar no direito do trabalho, em contrato de trabalho sem nenhum efeito, por ser a

153 Ibidem, p. 550.

154 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 550.

155 NASCIMENTO, op. cit., p. 551.

156 CATHARINO. *Tratado jurídico do salário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 82.

157 GOTTSCHALK, Egon. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo, Saraiva. 1944, p. 210.

158 MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: FB, 1971, p. 281.

proteção do trabalho matéria de ordem pública.

Diante disso, deve-se entender que o empregado que desenvolve uma atividade ilícita nem sempre o faz com o fim de descumprir a lei, mas com o propósito de encontrar meios de subsistência. Até porque haveria uma dupla punição, tanto na seara penal, por cometer uma infração penal, como na seara trabalhista, na intenção de privá-lo do salário.¹⁵⁹

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY

3.1. Histórico

Inicialmente, antes de desenvolver o princípio da proporcionalidade de uma forma adequada, passando pelos seus pontos fundamentais, é preciso entender como a doutrina analisa o

159 Ibidem, p. 555.

seu contexto histórico.

O fato marcante que demonstra o surgimento do Princípio da Proporcionalidade foi a alteração do Estado de Polícia para o Estado de Direito, em que o poder absoluto exercido pelo monarca se desvinculava dos fins e dos meios empregados. Com isso, esses comportamentos passaram a ser controlados por outros órgãos, como por exemplo, o Poder Judiciário.¹⁶⁰

Suzana de Toledo Barros esclarecendo sobre o surgimento do princípio da proporcionalidade, explica a importância de garantir a liberdade individual em face dos interesses do Estado. Para ela, as teorias jusnaturalistas criadas na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII, conscientizaram as pessoas da época de que existem direitos oponíveis ao próprio Estado, e que este, por sua vez, deveria respeitá-los.¹⁶¹

Utilizando a história americana para explicar o princípio da proporcionalidade, Luiz Roberto Barroso, afirma que o princípio da razoabilidade tem sua origem ligada à garantia do devido processo legal, sendo esta garantia, consagrada na Constituição Americana por meio das emendas 5ª e 14ª, e, utilizada de forma expressiva pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos séculos.¹⁶²

De uma maneira mais restrita, o princípio da proporcionalidade por ter se originado do plano jurídico-penal e se desenvolvido no plano administrativo, impôs ao Estado uma observância da proporcionalidade, e, exigiu que o exercício do seu poder fosse de forma moderada.¹⁶³

Embora a Inglaterra seja reconhecida como o berço do Princípio da Proporcionalidade, é interessante desenvolver este princípio na visão dos Direitos norte-americano e alemão, já que são dois países com Constituições escritas e que influenciam cada vez mais a jurisprudência brasileira na aplicação do referido princípio como instrumento de solução concreta dos conflitos existentes entre os interesses do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁶⁴

160 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.135.

161 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996. p. 33.

162 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 198.

163 STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 181.

164 BUECHELE, op. cit., p. 137.

Para os norte-americanos, onde o princípio da proporcionalidade é denominado como princípio da razoabilidade, há um reconhecimento de que o princípio acima referido fora resultado de uma grande criação do Direito, em razão do sistema federal-republicano norte-americano.¹⁶⁵

Suzana de Toledo Barros explica os argumentos históricos que levaram ao desenvolvimento do Princípio da Razoabilidade (Proporcionalidade) no direito estadunidense. Um deles é o controle de constitucionalidade associado ao *due process of law* disposto nas emendas quinta e décima quarta da Constituição Americana, que vem ao longo dos tempos, garantindo a proteção dos direitos fundamentais na América do Norte.¹⁶⁶

O outro argumento expõe que esse modelo americano de controle permite frear o arbítrio estatal utilizando a proporcionalidade, por ser inspirado no *commom law*, que garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial, e sob a influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite de atuação do Estado intervencionista.¹⁶⁷

Para uma melhor compreensão da matéria quanto à visão dos norte-americanos, impende registrar que o Princípio do Devido Processo Legal, que inspirou a criação do Princípio da Razoabilidade, nos Estado Unidos, subdivide-se em duas espécies diferentes que coexistem até os dias de hoje.¹⁶⁸

A primeira se refere ao *Procedural Due Process*, o qual tem um caráter processual, onde exclui qualquer possibilidade do Judiciário controlar as questões de justiça e arbitrariedade dos diplomas legais. Isso decorre em virtude do seu campo de atuação, que no início estava voltado para o processo penal e depois foi estendida para outros ramos do Direito, como o processual e administrativo, já que possibilitava o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁶⁹

A segunda concepção do Princípio do Devido Processo Legal é o *Substantive Due Process*, que reconhece a atuação do Judiciário no sistema de poderes norte-americano, permitindo que os órgãos judiciais, utilizando-se da noção de discricionariedade, examinem o mérito dos atos do

165 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

166 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996. p.55.

167 BARROS, op. cit., p.57-8.

168 BUECHELE, op. cit., p. 138.

169 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 200.

Poder Público.¹⁷⁰

Assim, o princípio da razoabilidade oportuniza a análise da compatibilidade entre o meio empregado pelo agente público e os fins almejados, bem como a legitimidade destes. Somente com a presença dessas condições é que se pode admitir a limitação a algum direito individual.¹⁷¹

Com isso, a Suprema Corte preocupada em garantir o respeito aos direitos fundamentais de cada cidadão, passou a intervir e controlar as leis que limitassem a esfera de liberdade do cidadão americano.¹⁷²

Verificando agora o princípio da proporcionalidade no Direito Alemão, a situação atual deste princípio se deu em virtude de sua passagem pelos direitos administrativo e constitucional, por meio de repetidas decisões do *Bundesverfassungsgericht*, a partir da Segunda Guerra Mundial, as quais reconheceram que o legislador não deveria se exceder na sua atividade de redução dos direitos fundamentais.¹⁷³

Esse excesso praticado pelo legislador em limitar os direitos fundamentais decorre da própria história recente do povo alemão, que foi marcado pela ruim experiência de ter um governo nacional-socialista exercido, pelo então presidente Hitler, que afastou os direitos sociais reconhecidos pela Constituição de Weimar de 1919.¹⁷⁴

Em 23 de maio de 1949, representando o período pós guerra, foi promulgada a Constituição de Bonn, a qual possibilitou a iniciação de uma nova ordem constitucional que se referia à matéria dos direitos da dignidade da pessoa humana e às limitações, imposta pelo direito natural, ao poder do Estado.¹⁷⁵

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, interessado na preservação dos direitos fundamentais dos cidadão, sustenta que o princípio da Proporcionalidade, como um mecanismo jurisdicional de garantia desses direitos, deve ser interpretado e aplicado de modo que a

170 BARROSO, op. cit., p. 200.

171 Ibidem, p. 200.

172 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

173 BARROS, op. cit., p. 42-3.

174 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

175 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: ed. Coimbra, 1988, v.1. p. 209.

lei não prejudique o cidadão mais do que o suficiente para a proteção do interesse público.¹⁷⁶

Para Luis Afonso Heck, o cidadão particular deve estar protegido das atuações desnecessárias e abusivas do Estado, pois é preciso impôr a este, a condição de que a validade de suas intervenções precisam ser adequadas e necessárias.¹⁷⁷

Para o Direito Constitucional alemão, o princípio da proporcionalidade tem o papel fundamental de verificar a compatibilidade entre os meios e os fins, evitando a ocorrência de restrições desnecessárias e inconvenientes contra os direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁷⁸

3.2. Conceito

Para identificar um bom conceito referente ao princípio da proporcionalidade, é necessário diferenciá-lo do princípio da razoabilidade, pois muitas vezes um termo é utilizado pelo outro, sendo considerados por alguns doutrinadores como idênticos, e, para outros como autônomos, acarretando, dessa forma, um conflito na aplicação de ambos os princípios.

Há aqueles que separam os termos por questões territoriais, ou seja, enquanto a razoabilidade é utilizada pelos americanos, a proporcionalidade é utilizada pelos europeus.¹⁷⁹

Demonstrando o que foi dito acima, Luiz Roberto Barroso entende que o princípio da proporcionalidade tem o mesmo significado do princípio da razoabilidade, pois ambos constituem “*parâmetros de valorização dos atos do Poder Público para aferir se estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: justiça.*”¹⁸⁰

Segundo o autor acima referido, razoabilidade e proporcionalidade seriam palavras fungíveis que poderiam ser utilizadas todas as vezes que houvessem equilíbrio e moderação. Ainda, ratifica este entendimento quando afirma que “*o princípio da proporcionalidade é conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da*

176 BUECHELE, op. cit., p. 143.

177 HECK, Luis Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 177.

178 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43.

179 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 100.

180 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 204.

razoabilidade.”¹⁸¹

Todavia, há autores que discordam da aplicação da fungibilidade por afirmarem que existe certa diferença entre os conceitos, pois para eles as noções de balanço e equilíbrio estão relacionadas com a proporcionalidade, enquanto que a razão e a racionalidade estão ligadas tanto com a proporcionalidade, quanto com a razoabilidade.¹⁸²

Corroborando este entendimento, Marcel Moraes Mota, entende que não está correta a aplicação da fungibilidade entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Segundo ele, este princípio, por meio dos seus subelementos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tem a função de solucionar o conflito de uma maneira mais viável. Já aquele, para o autor, é preciso fazer um exame entre os meios e os fins.¹⁸³

Assim, levando em conta que grande parte dos doutrinadores brasileiros corroboram a idéia de que ambos os princípios são autônomos e diferentes, o princípio da proporcionalidade juntamente com seus subelementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, somente será utilizado quando houver um conflito entre os princípios constitucionais.¹⁸⁴

Dessa forma, em síntese, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade é utilizado para solucionar o conflito existente entre dois direitos fundamentais, e, o princípio da razoabilidade para demonstrar a prática de um ato conforme o bom senso.¹⁸⁵

Outro ponto que deve ser compreendido entre os princípios é a objetividade, haja vista que a proporcionalidade já tem seus critérios pré-estabelecidos, enquanto que a razoabilidade possui um conteúdo mais subjetivo, pois depende da percepção do bom senso aceito pela comunidade, que varia de acordo com os padrões de interpretação.¹⁸⁶

Por fim, separando os princípios, conclui-se que o princípio da razoabilidade se preocupa com a presença da justiça, do bom senso e da razão. Já o princípio da proporcionalidade,

181 BARROSO, op. cit., p. 200.

182 BRAGA, op. cit. p. 101.

183 MOTA, Marcel Moraes. *O princípio da proporcionalidade e suas sub-regras in A Expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torres e Mario Sawatani Guedes Alcoforado (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 287-297.

184 Ibidem, p. 102.

185 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

186 BRAGA, op. cit., p. 126.

por outro lado, se além ao sopesamento entre direitos, o qual determina que o aplicador deve colocar na balança dois interesses legítimos na busca de determinar qual deles deve predominar.¹⁸⁷

Com isso, após a conceituação e explicação da diferença entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é necessário abordar os três subprincípios que compõe o princípio da proporcionalidade, que são: a) o subprincípio da adequação; b) o subprincípio da necessidade; e c) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

3.3. Subprincípios

3.3.1. Subprincípio da adequação

Primeiramente, antes de iniciar a análise dos subprincípios ou dos princípios parciais, é necessário estabelecer a seguinte premissa. Como dito por Luis Virgílio Afonso da Silva, existe uma ordem a ser analisada das sub-regras para que a aplicação do princípio da proporcionalidade se torne correta.¹⁸⁸

Desenvolvendo seu pensamento, afirma que primeiro deve-se verificar a adequação para somente depois de ser considerada adequada, analisar a necessidade da medida, e, por derradeiro a proporcionalidade em sentido estrito. Ainda, afirma que entre os subprincípios existe a noção de um ser pressuposto do outro, já que a análise da necessidade somente se torna apta se anteriormente foi feita a verificação do subprincípio da adequação.¹⁸⁹

Nesse sentido, ressalta Paulo Arminio Tavares Buechele que:

“(...) o atendimento ao Princípio da Proporcionalidade não prescinde de nenhum dos três elementos citados, os quais devem estar presentes juntos, no ato legislativo ou administrativo que se pretenda constitucional. É dizer: só será constitucional, em face do referido princípio, a norma legal (ou ato administrativo) que seja, ao mesmo tempo, adequada, necessária e razoável.”¹⁹⁰

Agora, entrando no aspecto conceitual, este princípio exige que as medidas adotadas sejam aptas para alcançar os fins desejados, ou seja, deve-se analisar se o meio tem

187 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 142.

188 SILVA, Luís Afonso da. *O proporcional e o razoável in A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Sawatani Guedes Alcoforado (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.83-120.

189 SILVA, op. cit., p.83-120.

190 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

capacidade de gerar o fim desejado, pois é importante que o meio seja útil e idôneo para atingir o fim pretendido.¹⁹¹

Segundo Hans Huber, torna-se essencial que a medida tenha a capacidade de atingir o objetivo escolhido, pois um meio somente é considerado adequado se conseguir alcançar o fim desejado.¹⁹²

Na visão de Luís Virgílio Afonso da Silva, “*por meio adequado entende-se aquele que é apropriado para a obtenção do fim desejado, ou pelo menos fomenta a realização de um objetivo.*”¹⁹³

Em outras palavras, pode-se dizer que é através da adequação que se analisa a idoneidade da medida para atingir a finalidade objetivada, até porque será considerado inválido o ato que for qualificado como incompetente para conseguir chegar no fim desejado.¹⁹⁴

Suzana de Toledo Barros analisando este assunto, ressalta que no elemento da adequação não pode ser feito qualquer tipo de ressalva quanto ao grau de eficácia dos meios considerados como úteis a conseguir o fim pretendido, pois esta análise entra na esfera do subprincípio da necessidade.¹⁹⁵

Uma circunstância importante que deve ser estabelecida é quanto à desnecessidade de anulação do ato inadequado por haver outro meio menos oneroso para se alcançar o fim. É que para reconhecer a adequação do meio, basta que ele seja apto para materializar o fim objetivado.¹⁹⁶

Alguns autores para chegar a conclusão de que a medida é adequada, tentam responder a seguinte pergunta: A medida escolhida é útil para a obtenção do fim perseguido? Perceba que esta pergunta não surgiu de algo vazio, ela é produto do caráter empírico e da análise

191 BUECHELE, op. cit., p. 125.

192 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 360.

193 SILVA, Luís Afonso da. *O proporcional e o razoável in A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Sawatani Guedes Alcoforado (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

194 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

195 BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996. p. 74.

196 BRAGA, op. cit., p. 87.

da experiência.¹⁹⁷

Por fim, é preciso esclarecer que há a possibilidade da ocorrência de empecilhos na relação existente entre o meio e o fim, pois algumas vezes a aptidão poderá ocorrer de forma parcial. Assim, caso isso aconteça, não sendo o meio idôneo para atingir o fim desejado, deve, então, ser reconhecida a anulação do ato.¹⁹⁸

3.3.2. *Subprincípio da necessidade*

Após a análise do subprincípio da adequação, o qual ficou estabelecido que um meio somente é considerado adequado quando se consegue promover o resultado desejado, o próximo elemento do princípio da proporcionalidade a ser examinado será o da necessidade. O seguimento da ordem, como já falado, é necessário para se ter uma correta aplicação do princípio da proporcionalidade.

Como dito acima, quando se desenvolvia o subprincípio da adequação, que naquela fase não era o momento para anular o meio se houvesse outro que também atingisse o fim e fosse menos oneroso, pois é nesta fase que vai analisar quais dos meios adequados é o menos prejudicial.

Este princípio não possui somente a nomenclatura da necessidade, além deste, também é chamado de princípio da exigibilidade e princípio da escolha do meio mais suave.¹⁹⁹

Para considerar uma medida como necessária, o Poder Público, que tem como obrigação proteger os direitos dos indivíduos, deve escolher aquela que menos limite os direitos fundamentais e que seja menos gravosa. Pois aquela medida que for prejudicial e gravosa aos direitos fundamentais, deverá ser considerada exagerada.²⁰⁰

Um meio é necessário se entre a variedade de meios igualmente adequados houver aquele que se mostrar como menos limitativo a um direito fundamental. Para o autor, a razão deste subprincípio está na imposição ao Poder Público de escolher entre os meios adequados, aqueles que

197 BARROS, op. cit., p. 76.

198 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

199 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

200 Ibidem, p. 80.

menos sacrifícios ou limitações causem aos sujeitos.²⁰¹

Alguns autores ensinam que o subprincípio da necessidade para conseguir alcançar o fim pretendido, não pode extrapolar os limites fundamentais impostos ao Poder Público. Para Xavier Philippe, este subprincípio é demonstrado pela seguinte frase: “*de dois males, faz-se mister escolher o menor.*”²⁰² Esta frase representa que dentre as inúmeras opções, o agente estatal deve escolher aquela que menos prejuízo traga aos indivíduos.²⁰³

Ensina Valeschka e Silva Braga que:

“Considera-se necessária a medida que traz a menor desvantagem possível, ou seja, a menos gravosa ou nociva para o alcance do fim legal. Assim, a exigibilidade é a busca do meio menos injurioso aos bens e valores constitucionalmente protegidos. Procura-se, através dela, a mais suave alternativa, dentre as disponíveis, para o alcance do fim.”²⁰⁴

Para Robert Alexy, a máxima da necessidade determina que havendo dois meios igualmente adequados, deve-se escolher aquele que intervenha de modo menos oneroso. Essa máxima, traz a noção de otimização e de eficiência.²⁰⁵

Segundo ele, a necessidade é caracterizada da seguinte forma:

“para a consecução de uma finalidade F, requerida por determinado direito D1, podem ser aptas duas medidas M1 e M2. No entanto, se M2 é menos nociva ao Direito, por não atingir outro direito do titular ou de outrem D2, ela deverá ser empregada. Assim, embora M1 e M2 possam atingir o fim F, somente a M2 é exigível.”²⁰⁶

Uma medida para ser considerada necessária exige que o aplicador, se deparando com várias possibilidades de alcançar o fim pretendido, escolha a medida que menos prejudique o direito colidente.²⁰⁷

Há autores que estabelecem alguns elementos para identificar o subprincípio da necessidade. É o caso de Nicolas Serrano Gonzalez-Cuellar, ao predeterminar que o primeiro

201 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Salvador; JusPODIVM, 2010, p. 50.

202 BONAVIDES, op. cit., p. 397.

203 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112.

204 BRAGA, op. cit., p. 112.

205 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 590.

206 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

207 Ibidem, p. 112.

elemento é a intervenção mínima no exercício do direito fundamental, e, o segundo é a desconfiança, pois supõe que exista uma medida alternativa menos onerosa. O terceiro elemento se refere à aferição dos meios e das medidas de restrição, buscando o critério menos maléfico. Por último, o quarto elemento que mostra o método empírico na busca de meio menos danoso.²⁰⁸

Na mesma linha, Canotilho estabelece quatro abordagens para o elemento da necessidade, veja:

“a exigibilidade material (indispensabilidade da restrição), a espacial (limitação do âmbito interventivo), a temporal (temporariedade da restrição, que não pode se perpetuar no tempo) e a pessoal (tentativa de restringir ao mínimo o número de indivíduos cujos interesses são sacrificados).”²⁰⁹

Assim, a apreciação da necessidade de restrição de um direito fundamental pode ser feita tanto quantitativa quanto qualitativamente, pois será levada em conta a duração do tempo e o modo de cumprimento da medida limitativa. Isso decorre do entendimento de que uma medida restritiva dos direitos fundamentais não pode permanecer por todo o tempo.²¹⁰

Outro ponto que deve ser analisado é a existência da relação meio-fim, a qual se preocupa com a execução dos princípios que tem relação com as possibilidades fáticas, já que o método empírico permite a verificação entre as ações cabíveis e os seus efeitos.²¹¹

Por fim, conclui-se que “*somente se considera necessário o meio se não exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que se almeja.*”²¹²

3.3.3. Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Este é o último elemento ou subprincípio do Princípio da Proporcionalidade que a doutrina pactuou em nomear de princípio da proporcionalidade em sentido estrito para distinguir do princípio determinado como o gênero (Princípio da Proporcionalidade).²¹³

208 STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 151.

209 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 263 e 383.

210 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

211 BARROS, op. cit., p. 80-81.

212 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 361.

213 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 132.

Nesta fase a proporcionalidade em sentido estrito, chamada por Robert Alexy como “*a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade*”, significa o mesmo que otimização em relação aos princípios colidentes.²¹⁴

A análise, agora, se preocupa em saber se os proveitos que serão propiciados vencerão as desvantagens, pois a necessidade neste momento é encontrar uma harmonia entre o motivo que ocasionou a atuação do Estado e a escolha por ele tomada na busca do fim visado. Nesta hora, os pontos positivos devem superar os pontos negativos.²¹⁵

Aqui, a palavra chave passa a ser “custo-benefício”, haja vista que a análise das vantagens e desvantagens produzirá efeitos para os cidadãos a partir dos meios escolhidos pelo Poder Público para alcançar o fim pretendido.²¹⁶

Corroborando este entendimento, Luis Roberto Barroso diz que é necessário conferir a relação custo-benefício da medida, ou seja, ponderar entre os prejuízos causados e os resultados positivos obtidos. Já para Canotilho, trata-se “*de uma questão de medida e desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.*”²¹⁷

Somente fazendo uma ressalva quanto à sequência que deve ser seguida, primeiro deve-se passar pela adequação, depois pela necessidade, e, somente após a passagem desses dois elementos é que se analisará o elemento da proporcionalidade em sentido estrito.

Pois, conforme defende Paulo Armínio Tavares Buechele:

“(...) se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trouxer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante à proteção e concretização, terá ela atendido ao Princípio da Proporcionalidade em todos os seus elementos.”²¹⁸

Paulo Bonavides, citando Pierre Muller, afirma que para escolher o melhor meio, deve-se ter como parâmetro aquele que seja mais em conta em relação ao interesses em disputa. Isso decorre da obrigação de escolher os meios adequados em razão de excluir os meios

214 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

215 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Salvador; JusPODIVM, 2010, p.51.

216 BUECHELE, op. cit., p. 132.

217 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 208-9.

218 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

desproporcionados.²¹⁹

O método da ponderação pode ser estabelecido da seguinte forma, “*quanto maior é o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.*”²²⁰

A questão da ponderação deve ser aplicada quando dois direitos fundamentais estiverem sendo limitados, e, for justificável que acarrete um dano a um deles em benefício da proteção do outro, segundo os objetivos pretendidos pela Constituição Federal.²²¹

Segundo Robert Alexy, a ponderação de interesses tem que ser aplicada quando a prejudicialidade de um princípio não tiver tanta importância quanto à satisfação de outro. Ainda, estipula que para se aplicar a ponderação, é preciso percorrer três fases: a primeira, que está voltada para a análise da insatisfação de um dos princípios; a segunda, que se analisa a relevância da realização do princípio colidente; e a terceira, faz o sopesamento, em outras palavras, a importância da produção dos efeitos do princípio colidente justifica a limitação do outro princípio.²²²

O sopesamento vai verificar se a intensidade da limitação tem mais importância do que a concretização de outro direito fundamental colidente. Com isso, a proporcionalidade em sentido estrito exige que a importância desta concretização seja mais favorável ao indivíduo do que os limites estabelecidos.²²³

Reiterando esse entendimento, o sopesamento será feito entre as limitações impostas e o fim pretendido, objetivando, dessa forma, trazer mais benefícios do que ônus. Pois o balanceamento dos princípios colidentes deve trazer as melhores soluções do duelo.²²⁴

Dessa forma, a proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que a busca do maior número de benefícios diante do menor número de sacrifícios possíveis. Exemplificando esse pensamento, Daniel Sarmento ensina que é preciso fazer uma avaliação dos benefícios e dos malefícios de uma escolha, pois “*de um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos*

219 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

220 STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 81.

221 BUECHELE, op. cit., p. 134.

222 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594.

223 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 115.

224 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela.”²²⁵

Valeschka e Silva Braga, em síntese, contribui:

“A sobrecarga em determinado direito deve ser justificada pela bonificação de outro igualmente tutelado. Em outras palavras, o meio utilizado deve estar em razoável equilíbrio com o fim perseguido. Devem ser, portanto, equilibrado os valores e bens em jogo, de forma que a precedência de um direito, em relação a outro, se justifique pelo seu maior benefício.”²²⁶

Por fim, deve ficar estabelecido que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que a aceitação do ônus em virtude da superioridade dos benefícios trazidos.²²⁷

225 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001. p. 89.

226 BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

227 BRAGA, op. cit., p. 115.

4. DEBATE DA MATÉRIA

4.1. Na relação entre o apontador do jogo do bicho e o bicheiro existe a presença de todos os elementos do vínculo empregatício

Atualmente no meio jurídico trabalhista há três correntes doutrinárias que fundamentam de forma particular os efeitos decorrentes da relação jurídica existente entre o bicheiro (empregador) e o apontador (vendedor ou apontador).

De uma maneira sucinta pode-se definir que a primeira corrente defende a não produção de efeitos trabalhistas na relação existente entre o banqueiro e bicheiro, pois segundo o disposto nos artigos 104 e 166, inciso II do Código Civil, juntamente com a Orientação Jurisprudencial nº 199 da SBDI-1, a prestação de serviços relacionadas ao jogo do bicho decorre de uma atividade ilícita.²²⁸

Sendo uma teoria menos radical e se preocupando um pouco mais com o trabalhador, a segunda teoria, utilizando em parte o entendimento da primeira teoria, entende pela permanência do não reconhecimento dos efeitos do contrato de trabalho, mas assegura o pagamento do salário referente aos dias laborados.

Para fundamentar esta teoria, melhor entendimento não há do que o esposado pelo Ministro Barros Levenhagem quando afirmou que o melhor resultado seria a manutenção da OJ nº 199, mas com a o espírito da Súmula nº 363 do TST, que dispõe acerca do pagamento de salários vencidos e FGTS, nos casos em que se declara a nulidade da relação existente entre trabalhadores não concursados e os órgãos públicos.²²⁹

Já a terceira corrente, a mais importante para o trabalho aqui desenvolvido, reconhece a possibilidade de atribuir ao contrato de trabalho a produção de todos os efeitos trabalhistas, pois com base no art. 3º da CLT e na realidade socioeconômica brasileira, conclui-se

228 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas. Disponível em: <
<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em 12 novembro 2010. 11:30.

229 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas. Disponível em: <
<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em 12 novembro 2010. 11:30.

que estão presentes todos os elementos que caracterizam a relação de emprego, quais sejam, não-eventualidade, onerosidade, pessoalidade, alteridade e subordinação.²³⁰

Após o enfoque dado pelas três correntes doutrinárias, este trabalho acompanha o entendimento dado pela terceira corrente, aplicando os elementos da relação de emprego ao caso concreto existente entre o bicheiro e o apontador do jogo do bicho.

Embora exista inúmeras decisões entendendo que a relação de emprego entre o apontador do jogo do bicho e o dono da banca seja nula, é preciso analisar o caso de forma individualizada, pois, havendo a presença dos elementos fático-jurídicos, a relação de emprego existe.²³¹

O primeiro elemento da relação de emprego a ser desenvolvido será o da não-eventualidade. Maurício Godinho Delgado conceituou este elemento afirmando que nada mais é do que um *“trabalho prestado em caráter de permanência, ainda que executado por um curto período de tempo, não se qualificando como trabalho esporádico.”*²³²

Verifica-se o efeito prático desse elemento quando o apontador do jogo presta o serviço de uma maneira diária, sem interrupções, ou seja, comparece todos os dias para fazer as apostas pretendidas pelos jogadores.

Outro fator que demonstra a não-eventualidade na prestação do serviço é a maneira como se dão os resultados das apostas, ou seja, como o sorteio dos número acontece pelo menos três vezes ao dia, vislumbra-se que o apontador do jogo do bicho estará prestando os serviços até momentos antes do último sorteio do dia.

Com isso, caso o apontador consiga comprovar que prestou um trabalho diário e que cumpria horários, razão não há porque negar a presença do elemento da não-eventualidade na

230 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário. DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. JOGOS DE AZAR. CONTRAVENÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada não constitui óbice ao reconhecimento da perseguida relação de empregatícia, mormente quando a realidade fática trazida aos autos demonstra a presença dos elementos insertos no artigo 3º da norma celetária. Ademais, é incompatível com os princípios tuitivo e da primazia da realidade negar total eficácia ao contrato avençado entre as partes, em razão da ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada. RO – 0058600-91.2009.5.06.0006. Terceira Turma. Recorrente: MONTE CARLOS LOTERIAS ON LINE. Recorrido: RENATA SOUZA JILÓ DA SILVA. Relatora: Des.^a VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO. Recife, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 12 novembro 2010. 11:30.

231 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 306.

232 DELGADO, op. cit., p. 293.

relação existente entre o apontador e o dono da banca de jogo.

O segundo elemento que possibilita o reconhecimento do vínculo empregatício é a onerosidade, que de acordo com o disposto no art. 3º da CLT, se refere ao salário que o trabalhador receberá em virtude do trabalho.

A remuneração pelo trabalho prestado significa uma contraprestação, sendo um requisito fundamental para se vislumbrar o reconhecimento do vínculo empregatício. No caso em análise, o apontador do jogo apenas coloca a mão de obra em prol daquele que explora a atividade voltada para o jogo, fazendo jus à contraprestação dos serviços prestados.²³³

Pensar que o trabalho prestado pelo apontador seria gratuito, é ir em sentido contrário ao que ensina os princípios da primazia da realidade e da proteção do empregado, porque dele decorreria enriquecimento ilícito do contratante ao se beneficiar dos serviços prestados por outrem, não retribuindo o apontador com o justo pagamento.²³⁴

Dessa forma, nos dias de hoje, não se imagina que um trabalhador preste serviço de forma gratuita, pois deve ser assegurado no mínimo uma subsistência digna.²³⁵

Após esses dois elementos, o terceiro elemento exigido para o reconhecimento da relação de emprego é a pessoalidade. Este requisito também está expresso no art. 3º da CLT, e seu significado se refere à execução pessoal do serviço excluindo a possibilidade do trabalho ser

233 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário. DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. JOGOS DE AZAR. CONTRAVENÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada não constitui óbice ao reconhecimento da perseguida relação de empregatícia, mormente quando a realidade fática trazida aos autos demonstra a presença dos elementos insertos no artigo 3º da norma celetária. Ademais, é incompatível com os princípios tuitivo e da primazia da realidade negar total eficácia ao contrato avençado entre as partes, em razão da ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada. RO – 0058600-91.2009.5.06.0006. Terceira Turma. Recorrente: MONTE CARLOS LOTERIAS ON LINE. Recorrido: RENATA SOUZA JILÓ DA SILVA. Relatora: Des.ª VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO. Recife, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 12 novembro 2010. 12:00.

234 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário. DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. JOGOS DE AZAR. CONTRAVENÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada não constitui óbice ao reconhecimento da perseguida relação de empregatícia, mormente quando a realidade fática trazida aos autos demonstra a presença dos elementos insertos no artigo 3º da norma celetária. Ademais, é incompatível com os princípios tuitivo e da primazia da realidade negar total eficácia ao contrato avençado entre as partes, em razão da ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada. RO – 0058600-91.2009.5.06.0006. Terceira Turma. Recorrente: MONTE CARLOS LOTERIAS ON LINE. Recorrido: RENATA SOUZA JILÓ DA SILVA. Relatora: Des.ª VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO. Recife, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 12 novembro 2010. 12:10.

235 LEÃO XIII. Encyclica “Rerum Novarum”: sobre a condição dos operários. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1936. p. 36-37.

prestado por outrem.²³⁶

Para o nosso caso, vai se verificar a pessoalidade no momento em que o apontador do jogo for a única pessoa na prestação do serviço. No reconhecimento da relação de emprego, se houver outra pessoa realizando o serviço do apontador, não merece prosperar a pretensão de reconhecer o vínculo empregatício.

Outro elemento exigido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, não mais disposto no art. 3º, mas no art. 2º, se refere à alteridade. Este elemento transfere para o empregador todos os riscos da sua atividade empresarial desenvolvida.²³⁷

Certamente, os prejuízos oriundos da atividade não recairão sobre o apontador do jogo, já que o responsável por ela é o “bicheiro”. A ocorrência de assaltos, diminuição do número de apostas, premiação dos ganhadores e pagamento das despesas, é de responsabilidade do dono da banca.

O quinto e último elemento que deve ser abordado é a subordinação. Este termo não está disposto de maneira literal no art. 3º da CLT, ou seja, para verificar a subordinação neste artigo, será através da palavra dependência.

O elemento dependência busca acentuar o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego.²³⁸ Neste mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento afirma que subordinação significa “*submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência.*”²³⁹

No que concerne ao jogo do bicho, o apontador que presta o serviço para o banqueiro, não aposta nem banca o jogo, somente anota a vontade de um jogador e informa ao outro. A subordinação será verificada quando, sob as ordens do dono da banca, o apontador fizer anotações, arrecadar os valores apostados, acionar os equipamentos e fazer a manutenção.²⁴⁰

236 SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. p. 41.

237 SARAIVA, op. cit., p. 45.

238 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 303.

239 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 392.

240 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário. DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. JOGOS DE AZAR. CONTRAVENÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada não constitui óbice ao reconhecimento da perseguida relação de empregatícia, mormente quando a realidade fática trazida aos autos

Assim, pode-se afirmar que na relação de emprego existente entre o apontador do jogo do bicho e o dono da banca há a presença de todos os elementos do vínculo empregatício.

4.2. Mitigação da licitude do objeto do contrato de trabalho utilizando o princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy

Para iniciar este tópico é preciso saber que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho e uma parte razoável da doutrina entende que, devido a relação jurídica existente entre o apontador do jogo e o bicheiro possuir o objeto ilícito, o contrato de trabalho é nulo.

A utilização do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy neste tópico tem como objetivo aplicar a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), buscando garantir os direitos trabalhistas do apontador.²⁴¹

O termo mitigação significa abrandar, amansar, suavizar, aliviar e atenuar, ou seja, reduzir as consequências.²⁴² Nessa ótica, o Direito do Trabalho deve reduzir a exigência da licitude do objeto para garantir a produção dos efeitos dos direitos trabalhistas ao empregado.

O Direito do Trabalho para reconhecer que um contrato de trabalho seja capaz de produzir efeitos jurídicos, exige que o objeto desse contrato seja lícito. Todavia, diante da realidade atual, este ramo do Direito deve observar a relação de trabalho entre apontador e bicheiro sob uma nova perspectiva.

Para exigir a licitude do objeto do contrato de trabalho deve-se levar em conta outros aspectos da realidade fática, não bastando a simples alegação de aplicação do princípio da legalidade para reconhecer o vínculo empregatício.

A alegação de que não se pode reconhecer a relação de trabalho entre o apontador

demonstra a presença dos elementos insertos no artigo 3º da norma celetária. Ademais, é incompatível com os princípios tuitivo e da primazia da realidade negar total eficácia ao contrato avençado entre as partes, em razão da ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada. RO – 0058600-91.2009.5.06.0006. Terceira Turma. Recorrente: MONTE CARLOS LOTERIAS ON LINE. Recorrido: RENATA SOUZA JILÓ DA SILVA. Relatora: Des.^a VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO. Recife, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 12 novembro 2010. 12:30.

241 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

242 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário de língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 367.

do jogo e o bicheiro em virtude de se tratar de uma atividade considerada ilícita pelo Direito Penal, não merece prosperar, porque esse argumento equipara o jogo do bicho aos demais crimes reprimidos pelo Estado, bem como não distingue o grau de violação ao bem juridicamente tutelado.

Embora a prática do jogo do bicho seja uma conduta ilícita, o próprio Direito Penal tem dado um tratamento diferenciado para esta infração penal. A prática do jogo do bicho está tipificada no art. 58 do Decreto-lei nº 6.259/44, dispondo que “*explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de 4 (quatro) meses a 1 (um) ano, e multa.*”²⁴³

Este dispositivo do Decreto-Lei nº 6.259/44, é considerado pela Lei nº 9.099/95, um delito de menor potencial ofensivo, que tem como fundamento o discurso de despenalização e descarceirização.²⁴⁴

Por sua vez, essa Lei propicia ao acusado pela prática do jogo do bicho, a possibilidade de aceitação da transação penal proposta pelo Ministério Público, que não implica reconhecimento de culpa ou reincidência, nem macula os antecedentes criminais.²⁴⁵

Sendo cumprida a transação penal, o juiz proferirá sentença de extinção da punibilidade e arquivará o processo, ficando o acusado sem restrições para exercer os atos diários da vida cotidiana, somente com a ressalva de não poder receber este benefício durante os próximos 5 (cinco) anos.²⁴⁶

Outro ponto que deve ser levado em conta é a tolerância pelas autoridades públicas, que fazem vistas grossas ao ilícito, como também a sociedade de um modo geral.²⁴⁷

Vale salientar que a ilicitude do contrato de trabalho pela ilicitude do objeto não

243 PINTO, Antônio Luiz de Toledo. *Vade Mecum*. 7ª.ed atual.e ampl, São Paulo: Saraiva, 2009 p. 603.

244 TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal. 4ª.ed atual.e ampl, Salvador, 2010 p. 712.

245 TÁVORA, op. cit., p. 717.

246 Ibidem, p. 718.

247 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Embargos Declaratórios. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. Os Embargos Declaratórios constituem o remédio jurídico próprio a plenificar a decisão atacada. Assim, sua oposição está restrita às hipóteses previstas no artigo 897-A, da CLT, quais sejam, omissão, contradição ou equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, o que não é o caso dos autos. Não se acolhe os embargos de declaração que, a pretexto de apontar omissão no julgado buscam, efetivamente, nova análise dos autos e reforma do julgado. Embargos declaratórios rejeitados. ED00009200932106000.Terceira Turma. Embargante: Banca de jogo de bicho sonho real. Embargado: Severino Antônio de Arruda. Relator: Juiz Theodomiro Romeiro Dos Santos. Recife, 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 13 novembro 2010. 13:00.

pode ser levada a patamares incompatíveis com a realidade social, pois seria completamente injusto aplicar o princípio da legalidade para considerar o contrato de trabalho nulo, privando-o de seus efeitos, e, aceitar o enriquecimento sem causa do empregador, ora dono da banca de jogo.²⁴⁸

A Orientação Jurisprudencial nº 199 da SDI-1 do TST, entende que a prestação de serviços relacionadas ao jogo do bicho decorre de uma atividade ilícita, razão pela qual desconhece a produção de efeitos trabalhistas. Todavia, este entendimento favorece de certa forma o dono da banca, que utiliza o serviço do apontador para desenvolver a sua atividade ilícita e se esquia de suas obrigações.

Essa maneira de entender prejudica o apontador no que se refere ao reconhecimento dos seus direitos trabalhistas, e, beneficia o dono da banca que enriquece sem causa. Ainda, estimula a continuação da prática de atividades ilícitas em proveito unicamente do “bicheiro”, que se favorece de sua própria torpeza.²⁴⁹

Somente é aceitável a negação de todos os efeitos do contrato de trabalho, se o Estado juntamente com a própria sociedade reprovar a prática do jogo do bicho, pois a ampla aceitação da referida atividade e a inércia do Estado não pode prejudicar o empregado quanto ao desconhecimento de todos os seus direitos trabalhistas.²⁵⁰

248 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário. ATIVIDADE ILÍCITA DO RECLAMADO. EXPLORAÇÃO DE "JOGO DO BICHO" FATO QUE NÃO ELIDE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. A exploração de atividade ilícita por parte da empresa, pessoa física ou jurídica, qualquer que seja a modalidade, não impede o reconhecimento da relação de emprego quando admitida ou comprovada, expressamente, a prestação dos serviços, nos moldes do disposto no artigo 3º da CLT. RO: 0007300-89.2002.5.07.0012(007300/2002-012-07-00-6). Pleno do Tribunal. Recorrente: Marco Antônio Bastos Gomes. Recorrido: Francisco Ferreira Lima. Relatora: Dulcina de Holanda Palhano. Fortaleza, 07 de abril de 2003. Disponível em: <http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=181810>. Acesso em 13 de outubro 2010. 13:30.

249 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Embargos Declaratórios. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. Os Embargos Declaratórios constituem o remédio jurídico próprio a plenificar a decisão atacada. Assim, sua oposição está restrita às hipóteses previstas no artigo 897-A, da CLT, quais sejam, omissão, contradição ou equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, o que não é o caso dos autos. Não se acolhe os embargos de declaração que, a pretexto de apontar omissão no julgado buscam, efetivamente, nova análise dos autos e reforma do julgado. Embargos declaratórios rejeitados. ED00009200932106000. Terceira Turma. Embargante: Banca de jogo de bicho sonho real. Embargado: Severino Antônio de Arruda. Relator: Juiz Theodomiro Romeiro Dos Santos. Recife, 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 13 novembro 2010. 13:20.

250 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Embargos Declaratórios. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. Os Embargos Declaratórios constituem o remédio jurídico próprio a plenificar a decisão atacada. Assim, sua oposição está restrita às hipóteses previstas no artigo 897-A, da CLT, quais sejam, omissão, contradição ou equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, o que não é o caso dos autos. Não se acolhe os embargos de declaração que, a pretexto de apontar omissão no julgado buscam, efetivamente, nova análise

É inimaginável que o Judiciário aceite como tese de defesa do dono da banca de jogo do bicho, o argumento de que a sua atividade é ilícita com o objetivo de escapar das suas obrigações. Esta aceitação simplesmente desconsidera toda a energia despendida pelo trabalhador, e mostra a conivência do próprio Judiciário com a atividade ilícita.²⁵¹

Dessa forma, aplicando o sopesamento da proporcionalidade em sentido estrito, nada mais justo do que relativizar a licitude do objeto, amparada pelo princípio da legalidade, e reconhecer os direitos trabalhistas do empregado.

Até porque, nesta hora a quantidade de pontos positivos superam os negativos²⁵², e, demonstram que na ponderação feita, a presença das vantagens sobressaem em relação às desvantagens.²⁵³

4.3. O reconhecimento do vínculo empregatício como o meio menos oneroso para o apontador do jogo do bicho, e, como sendo também a medida mais apta para garantir os direitos trabalhistas, segundo os subprincípios da adequação e da necessidade – desenvolvidos por Robert Alexy

Devido haver inúmeros questionamentos quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício na relação existente entre o apontador do jogo e o dono da banca, o foco principal desses questionamentos não deve estar voltado para a aplicação do princípio da legalidade, no intuito de declarar que o objeto é ilícito, mas sim buscar o resultado menos oneroso para o empregado conforme a realidade fática atual.

Como já foi dito acima, quando o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho com base na Orientação Jurisprudencial nº 199 da SDI-1, decide que o contrato de trabalho entre o

dos autos e reforma do julgado. Embargos declaratórios rejeitados. ED00009200932106000.Terceira Turma. Embargante: Banca de jogo de bicho sonho real. Embargado: Severino Antônio de Arruda. Relator: Juiz Theodomiro Romeiro Dos Santos. Recife, 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 13 novembro 2010. 13:30.

251 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário. ATIVIDADE ILÍCITA DO RECLAMADO. EXPLORAÇÃO DE "JOGO DO BICHO" FATO QUE NÃO ELIDE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. A exploração de atividade ilícita por parte da empresa, pessoa física ou jurídica, qualquer que seja a modalidade, não impede o reconhecimento da relação de emprego quando admitida ou comprovada, expressamente, a prestação dos serviços, nos moldes do disposto no artigo 3º da CLT. RO: 0007300-89.2002.5.07.0012(007300/2002-012-07-00-6). Pleno do Tribunal. Recorrente: Marco Antônio Bastos Gomes. Recorrido: Francisco Ferreira Lima. Relatora: Dulcina de Holanda Palhano. Fortaleza, 07 de abril de 2003. Disponível em: <http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=181810>. Acesso em 13 de outubro 2010. 13:50.

252 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Salvador; JusPODIVM, 2010, p.51.

253 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 208-9.

apontador do jogo do bicho e o dono da banca não produz efeitos jurídicos, está de certa forma prejudicando o trabalhador e favorecendo o dono da banca, que utilizou o serviço daquele para desenvolver as suas atividades.²⁵⁴

Com isso, não pode o Judiciário aceitar de certa forma que o “empregador” se beneficie de sua própria torpeza para se eximir de suas obrigações trabalhistas, causando assim extremo prejuízo ao apontador do jogo do bicho.²⁵⁵

Outra consideração que deve ser feita é o presente contexto econômico do Brasil, em que uma grande quantidade de pessoas, alguma delas deficientes, se submetem às mais injustas condições de trabalho buscando a subsistência de sua família.²⁵⁶

Dessa maneira, considerando que para alguns trabalhadores a prestação deste serviço é a única forma de sobrevivência, torna-se irrelevante a descaracterização da relação de emprego pela ilicitude do objeto, pois este entendimento não é o mais favorável ao empregado, já que afasta a tutela dos direitos trabalhistas.²⁵⁷

254 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário. DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. JOGOS DE AZAR. CONTRAVENÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada não constitui óbice ao reconhecimento da perseguida relação de empregatícia, mormente quando a realidade fática trazida aos autos demonstra a presença dos elementos insertos no artigo 3º da norma celetária. Ademais, é incompatível com os princípios tuitivo e da primazia da realidade negar total eficácia ao contrato avençado entre as partes, em razão da ilicitude da atividade desenvolvida pela reclamada. RO – 0058600-91.2009.5.06.0006. Terceira Turma. Recorrente: MONTE CARLOS LOTERIAS ON LINE. Recorrido: RENATA SOUZA JILÓ DA SILVA. Relatora: Des.ª VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO. Recife, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 13 novembro 2010. 16:00.

255 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Recurso Ordinário. E M E N T A: JOGO DO BICHO. VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DA REALIDADE E DA PROTEÇÃO. Confirmado, pela reclamada, a prestação de trabalho pelo reclamante como apontador do “jogo do bicho”, deve ser reconhecido o vínculo de emprego pretendido, ante o preenchimento dos requisitos a que se reporta o art. 3º da CLT. Recurso parcialmente provido. RO109532. Tribunal Pleno. Recorrente: Cícero José Alves. Recorrido: Iremar Flor De Souza. Relator: Wolney de Macedo Cordeiro. João Pessoa, 02 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/detalhar.jsf>>. Acesso em: 13 novembro 2010. 17:00.

256 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Recurso Ordinário. RELAÇÃO DE EMPREGO. JOGO DO BICHO. I - É empregado aquele que trabalha, em regime de subordinação jurídica, em favor de exploradores de jogo do bicho. II - Ilícita é a atividade econômica do reclamado, não o trabalho do reclamante, protegido pelo Direito, enquanto meio de sobrevivência. III - Muito embora esse relacionamento jurídico seja informal, porque realizado à margem da lei, não devem os trabalhadores ficar ao desamparo da tutela preconizada pelo direito laboral, tendo em vista a norma constitucional que assegura a valorização social do trabalho humano (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e o princípio da primazia da realidade, que se sobrepõem à atividade contraventora do empregador, sob pena de fraude ao ordenamento jurídico-trabalhista (art. 9º, da CLT). RO: 00101200900508005. Segunda Turma. Recorrente: Parazão Loterias. Recorrido: Jociberto Torres de Almeida Filho. Relator: Carlos Rodrigues Zahlouth Júnior. Belém, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm>. Acesso em: 13. novembro 2010. 20:00

257 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Recurso Ordinário. RELAÇÃO DE EMPREGO. JOGO DO BICHO. I - É empregado aquele que trabalha, em regime de subordinação jurídica, em favor de exploradores de jogo do bicho. II - Ilícita é a atividade econômica do reclamado, não o trabalho do reclamante,

Deixar o trabalhador desamparado da tutela preconizada pelo direito laboral contraria o princípio da primazia da realidade, que se sobrepõe à atividade contraventora do empregador, sob pena de fraude ao ordenamento jurídico trabalhista (art. 9º, da CLT), e, a própria Constituição Federal de 1988, no art. 1º, inciso IV, o qual assegura a valorização social do trabalho humano.²⁵⁸

Tudo isso mostra que é o reconhecimento da relação de emprego no jogo do bicho é a melhor decisão, pois a produção de efeitos trabalhistas a favor do apontador do jogo somente lhe trás benefícios.

Considerando que o subprincípio da adequação exige que as medidas adotadas sejam as mais aptas a alcançar os fins desejados, verifica-se que é possível reconhecer o vínculo empregatício (fim desejado), utilizando os argumentos de que estão presentes todos os elementos do vínculo empregatício e que os requisitos do contrato de trabalho podem ser aplicados na relação entre o apontador do jogo do bicho e o bicheiro, embora a atividade seja ilícita.²⁵⁹

Assim, a adequação baseia-se essencialmente no fato de que, a exigência da licitude do objeto do contrato de trabalho para reconhecer a produção de efeitos jurídicos, não é a mais adequada para proteger o trabalhador contra os prejuízos decorrentes do não reconhecimento do vínculo empregatício.²⁶⁰

No que tange ao subprincípio da necessidade, este exige que o Estado, na obrigação de proteger os direitos dos indivíduos, deve escolher a medida que menos limite os

protegido pelo Direito, enquanto meio de sobrevivência. III - Muito embora esse relacionamento jurídico seja informal, porque realizado à margem da lei, não devem os trabalhadores ficar ao desamparo da tutela preconizada pelo direito laboral, tendo em vista a norma constitucional que assegura a valorização social do trabalho humano (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e o princípio da primazia da realidade, que se sobrepõem à atividade contraventora do empregador, sob pena de fraude ao ordenamento jurídico-trabalhista (art. 9º, da CLT). RO: 00101200900508005. Segunda Turma. Rrcorrente:Parazão Loterias. Recorrido: Jocaberto Torres de Almeida Filho. Relator: Carlos Rodrigues Zahlouth Júnior. Belém, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm>. Acesso em: 13. novembro 2010. 20:30.

258 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Recurso Ordinário. RELAÇÃO DE EMPREGO. JOGO DO BICHO. I - É empregado aquele que trabalha, em regime de subordinação jurídica, em favor de exploradores de jogo do bicho. II - Ilícita é a atividade econômica do reclamado, não o trabalho do reclamante, protegido pelo Direito, enquanto meio de sobrevivência. III - Muito embora esse relacionamento jurídico seja informal, porque realizado à margem da lei, não devem os trabalhadores ficar ao desamparo da tutela preconizada pelo direito laboral, tendo em vista a norma constitucional que assegura a valorização social do trabalho humano (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e o princípio da primazia da realidade, que se sobrepõem à atividade contraventora do empregador, sob pena de fraude ao ordenamento jurídico-trabalhista (art. 9º, da CLT). RO: 00101200900508005. Segunda Turma. Rrcorrente:Parazão Loterias. Recorrido: Jocaberto Torres de Almeida Filho. Relator: Carlos Rodrigues Zahlouth Júnior. Belém, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm>. Acesso em: 13. novembro 2010. 21:00

259 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 360.

260 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 589.

direitos fundamentais, e que seja a menos gravosa. Podendo ser considerada uma medida exagerada, caso seja prejudicial e gravosa aos direitos fundamentais.²⁶¹

A partir disso, conclui-se que a medida do Estado em negar a produção de efeitos trabalhistas, em virtude da ilicitude do objeto na relação jurídica existente no jogo do bicho, é visivelmente prejudicial ao apontador do jogo do bicho.

Da mesma forma, o reconhecimento do vínculo empregatício na relação entre o apontador do jogo e o bicheiro é a medida que menos onera e prejudica o empregado, que terá os seus direitos garantidos, e, afastará de certa forma o enriquecimento ilícito do dono da banca.

No mesmo sentido, não se pode alegar que a sociedade de uma forma geral será a prejudicada com o reconhecimento relação de emprego no jogo do bicho, pois como já ressaltado, a sociedade juntamente com o Estado toleram essa atividade ilícita, bem como não se organizam para reprimir tal atividade.

Diante disso, a melhor medida a ser utilizada pelo Estado é reconhecer o vínculo empregatício do apontador do jogo do bicho, já que somente benefícios lhes serão trazidos.

4.4. De acordo com a proporcionalidade em sentido estrito, o reconhecimento do vínculo empregatício entre o apontador do jogo do bicho e o bicheiro é a decisão que mais trás vantagem entre as normas juridicamente válidas

Nesta fase do debate, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve necessariamente demonstrar que o reconhecimento do vínculo empregatício entre o apontador do jogo do bicho e o “bicheiro” trará mais benefícios do que ônus para o empregado.

Este subprincípio busca propiciar mais vantagens do que desvantagens na escolha dos meios em jogo, devendo ser escolhido aquele meio que mais se identifique com o fim pretendido.

De um lado, alega o Estado que não é possível reconhecer o vínculo empregatício entre o apontador do jogo do bicho e o dono da banca, em virtude do objeto do contrato de trabalho

²⁶¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996. p. 80.

ser ilícito e violar o art. 104 e 166, inciso II do Código Civil, bem como a OJ nº 199 do TST da SDI-1.²⁶²

Ainda, desse mesmo lado, o Estado apóia o enriquecimento ilícito do “bicheiro” e facilita que este se beneficie de sua própria torpeza, já que o apontador prestou serviços para o dono da banca de jogo do bicho.

Do outro lado está o apontador do jogo do bicho querendo que seja reconhecido todos os seus direitos trabalhistas em razão de ter exercido uma atividade não-eventual, onerosa, pessoal, subordinada e sem arcar com os prejuízos da atividade.

Diante desse conflito de jurídico, Robert Alexy, por meio do princípio da proporcionalidade, tenta encontrar uma harmonia entre a atuação do Estado e o fim pretendido, para que o resultado desse embate seja o mais vantajoso possível.²⁶³

Para encontrar esta harmonia é necessário utilizar o método do sopesamento, o qual fará uma ponderação dos interesses em conflito na busca de que a prejudicialidade de um interesse não tenha tanta importância quanto à satisfação do outro.²⁶⁴

Assim, utilizando o método da ponderação, podemos afirmar que o tratamento penal dado ao jogo do bicho, a tolerância da atividade ilícita pelo Estado, a aceitação dessa mesma atividade pela sociedade, o favorecimento de enriquecimento ilícito do dono da banca, a concordância do Poder Judiciário com a defesa utilizada pelo “bicheiro” - se beneficiando da própria torpeza, juntamente com a inércia do Estado em reprimir uma Contravenção Penal que de acordo com o princípio da Intervenção Mínima não fere de forma significativa os bens juridicamente tutelados, são realidades que demonstram a possibilidade de reconhecer o vínculo empregatício, pois não trarão nenhum prejuízo para o mundo jurídico.

Por sua vez, a privação dos direitos trabalhistas do empregado, a onerosidade em

262 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário. JOGO DO BICHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NULIDADE. Tendo em vista o objeto ilícito no contrato para a prestação de serviços relacionados ao jogo do bicho, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício, sendo nulo de pleno direito o pacto celebrado. RO: 01003200813305008. Primeira Turma. Recorrente: Magna da Silva de Souza. Recorrido: Temistocles Arruda Batista. Relatora: Des. Elisa Amado. Salvador, 06 de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=158798&texto=jogo and bicho](http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=158798&texto=jogo%20e%20bicho)>. Acesso em: 14 novembro 2010. 10:00.

263 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 208-9.

264 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594.

não ter os seus direitos reconhecidos, o afastamento do seu único meio de subsistência, a facilitação do desemprego e o total desamparo do empregado, são realidades que devem ser evitadas em razão de trazer sérios prejuízos.

Dessa forma, melhor decisão não há do que reconhecer o vínculo empregatício entre o apontador do jogo do bicho e o “bicheiro”, pois os prejuízos decorrentes deste reconhecimento serão menos graves do que os atribuídos ao trabalhador.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que é possível reconhecer o vínculo empregatício na relação existente entre o apontador e dono da banca de apostas do jogo do bicho, verificando que os elementos da não-eventualidade, onerosidade, pessoalidade, alteridade e subordinação, estão presentes nessa relação.

Da mesma forma, foi desenvolvido que a exigência do objeto lícito para atribuir efeitos trabalhistas não pode ser interpretada sem analisar outros aspectos que tangenciam a relação, ou seja, é necessário levar em conta outros aspectos da realidade fática.

Nesse sentido, foi demonstrado argumentos favoráveis ao reconhecimento da relação de emprego, como a impossibilidade de equiparar o jogo do bicho, que é uma contravenção penal, com os demais crimes relacionados com o tráfico de drogas e a prostituição ou outra forma de exploração sexual, tendo em vista o tratamento diferenciado dado à contravenção penal por ser uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Outro argumento utilizado se refere à tolerância do Estado e da sociedade em geral com relação ao jogo do bicho, entendendo-se que não é prudente movimentar a máquina

estatal para reprimir essa infração penal que atinge de maneira insignificante os bens juridicamente tutelados pelo Estado.

Da mesma forma, questionou a aceitação dos argumentos utilizados pelo dono da banca, quando numa lide trabalhista, alega-se que a sua atividade é ilícita com o objetivo escapar das obrigações trabalhistas possivelmente aplicadas ao caso, assegurando o enriquecimento ilícito do possível empregador.

Por sua vez, a preocupação demonstrada no presente trabalho foi pontual, uma vez que a privação dos direitos e garantias trabalhistas do trabalhador somente trará prejuízos, como a privação dos meios de subsistência, o aumento do número de desempregados, bem como os demais prejuízos indiretamente relacionados.

Assim, embora a Orientação Jurisprudencial nº 199 da SDI-1 do TST leve ao entendimento de que as prestações de serviços relacionadas ao jogo do bicho decorra de uma atividade ilícita e não produza efeitos trabalhistas, fixou-se que este entendimento não é o melhor a ser seguido, uma vez que o reconhecimento do vínculo empregatício foi a maneira menos onerosa e a que mais trouxe vantagens para o apontador do jogo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Jair. *Relação de emprego: contrato individual de trabalho e os contratos afins*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta?* Curitiba: Juruá, 2003.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição: Constituição da República Federativa do Brasil: 1988. 28. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas. Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em 12 novembro 2010. 11:30.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Embargos Declaratórios n. 00009200932106000. Relator: Juiz Theodomiro Romeiro Dos Santos. Recife, 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 13 novembro 2010. 13:30.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário n. 0007300-89.2002.5.07.0012(007300/2002-012-07-00-6). Relatora: Dulcina de Holanda Palhano. Fortaleza, 07 de abril de 2003. Disponível em: <http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=181810>. Acesso em 13 de outubro 2010. 13:50.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário n. 0058600-91.2009.5.06.0006. Relatora: Des.^a VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO. Recife, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/index_sec.php?acao=consulta_acordaos>. Acesso em 13 novembro 2010. 16:00.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Recurso Ordinário n. RO109532. Relator: Wolney de Macedo Cordeiro. João Pessoa, 02 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/detalhar.jsf>>. Acesso em: 13 novembro 2010. 17:00.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Recurso Ordinário n. 00101200900508005. Relator: Carlos Rodrigues Zahlouth Júnior. Belém, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/frset_juris_acordaos2002.htm>. Acesso em: 13. novembro 2010. 20:30.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário n. 01003200813305008. Relatora: Des. Elisa Amado. Salvador, 06 de julho de 2009. Disponível em: [http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=158798&texto=jogo and bicho](http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=158798&texto=jogo+and+bicho)>. Acesso em: 14 novembro 2010. 10:00.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário de língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CATHARINO. *Tratado jurídico do salário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Salvador; JusPODIVM, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário de língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOTTSCHALK, Egon. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo, Saraiva. 1944.

HECK, Luis Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

LEÃO XIII. *Encyclica "Rerum Novarum": sobre a condição dos operários*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1936.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: FB, 1971.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª.ed. Coimbra, 1988.

MOTA, Marcel Moraes. *O princípio da proporcionalidade e suas sub-regras in A Expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Sawatani Guedes Alcoforado (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[OLEA, Manoel Alonso. Introdução ao Direito do Trabalho. ed. Sulina, 1969.](#)

[ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO \[Home Page\]. 2010. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_182.pdf>.](http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_182.pdf) Acesso em: 01 Out. 2010. 10:00

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2009.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo. *Vade Mecum*. 7ª.ed atual.e ampl, São Paulo: Saraiva, 2009

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil: Lei nº 10.406/2002*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROPPO, Enzo. *O contrato (trad.)*. Coimbra, Livraria Almedina, 1988.

SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1976.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Luís Afonso da. *O proporcional e o razoável in A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Sawatani Guedes Alcoforado (Org.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. atual. e ampl, Salvador, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmulas. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf> Acesso em 15 Outubro 2010. 15:00.